

Rivista N°: 2/2023
DATA PUBBLICAZIONE: 12/04/2023

AUTORE: Antonino Spadaro*

«Non abbiamo l'ultima parola perché siamo infallibili,
ma siamo infallibili solo perché abbiamo l'ultima parola».
(R.H. Jackson, giudice della Supreme Court)

INVOLUZIONE – O EVOLUZIONE? – DEL RAPPORTO FRA CORTE COSTITUZIONALE E LEGISLATORE (NOTAZIONI RICOSTRUTTIVE)**

CONSTITUTIONAL COURT AND LEGISLATIVE POWER: REGRESSION OR EVOLUTION?

Sommario: 1. Introduzione: la Corte costituzionale quale positivo fattore di stabilizzazione della “forma di Stato”. - 2. Il “risultato” (pronuncia), spesso buono, non riduce l'importanza del “metodo” usato (tecnica decisoria), non sempre felice.- 3. Straordinaria rilevanza, per il merito, anche delle c.d. decisioni processuali: uno schema riepilogativo.- 4. Le tecniche decisorie per così dire “tradizionali”: a) le pronunce interpretative e le sentenze- monito...5. (segue): b) le decisioni manipolative: b¹) del testo costituzionale e b²) del testo di legge: riduttive, additive, sostitutive.- 6. Il salto ermeneutico compiuto con le c.d. “additive di principio”. 7. Le decisioni manipolative “nel tempo”: a) per il passato (incostituzionalità differita e incostituzionalità sopravvenuta); b) per il futuro (sentenze indirizzo e decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata). - 8. L'applicazione combinata di tecniche diverse: le c.d. «sentenze miste» e “a dispositivo multiplo”. - 9. La fase più recente ed estrema del judicial activism della Corte, fra pseudo-decisioni processuali (“ordinanza di rinvio a data fissa”) e reali decisioni di merito (oltre le c.d. “rime obbligate”).- 10. Prime conclusioni: il chiaro e definitivo superamento dei limiti posti dall'art. 28, l. n. 87/1953. Il confine, sempre più labile, fra merito e legittimità...- 11. (segue): e qualche proposta di “razionalizzazione” del sistema di giustizia costituzionale italiana.

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università *Mediterranea* di Reggio Calabria.

** Ho cercato di unire organicamente, in questo testo, gli appunti – comunque arricchiti e corredati di note – che avevo raccolto per preparare due interventi, svolti in tempi distanti e contesti diversi: una relazione all'incontro internazionale di studio organizzato a Roma, presso la Corte costituzionale, dalle *Associazioni dei costituzionalisti* italiana, francese e spagnola il 30 ottobre 2015 e una più recente lezione tenuta all'Università cattolica di Milano l'8 febbraio 2023.

L'Associazione Italiana Costituzionalisti è iscritta al Registro Operatori della Comunicazione dal 9.10.2013 col n. 23897 La Rivista AIC è registrata presso il Tribunale di Roma col n. 339 del 5.8.2010 — Codice ISSN: 2039-8298 (on-line) Rivista sottoposta a referaggio — Rivista inclusa nella classe A delle Riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche Direttore Responsabile: Prof. Sandro Staiano — Direttori: Prof.ssa Elisabetta Catelani, Prof. Claudio Panzera, Prof. Fabrizio Politi, Prof.ssa Antonella Sciortino.

1. Introduzione: la Corte costituzionale quale positivo fattore di stabilizzazione della “forma di Stato”

I fiumi d'inchiostro da decenni versati sul rapporto fra tribunali costituzionali e organi legislativi, ed in particolare fra Corte costituzionale e Parlamento italiano¹, confermano non solo la perenne attualità del tema, ma anche la natura – più che *cooperativa*, semmai – irrimediabilmente *dialettica* di questo rapporto, soprattutto quando esso è inteso in termini rigidi, meramente formali e di strettissima separazione. Anche la più semplice sentenza caducatoria di Palazzo della Consulta – se vista da Montecitorio e Palazzo Madama – rischia di costituire una sorta di sanzione dell'operato del Parlamento, venendo applicata da una Corte che certo non a caso è chiamata “Giudice delle leggi”. La natura invero *giuridicamente* fisiologica di questa dialettica – legata alla necessaria coesistenza nel costituzionalismo di pesi e contropesi, poteri e contro-poteri – non attenua la potenziale tensione *politica* (forse, *rectius*: di psicologia politica) fra i due organi. Infatti, il confronto non è solo fra “atti giuridici” (leggi/sentenze), quanto fra due diversi “modi di pensare”, che a conti fatti si riveleranno – come si vedrà meglio nei §§ 9 e 10 – più vicini di quanto comunemente si immagini.

Qui si cercherà analizzare la relazione Corte/Parlamento attraverso una sintetica disamina generale della tipologia delle pronunce costituzionali, con una ricostruzione che – senza pretesa di completezza (ciascuno dei tipi di tecnica decisoria qui presi in esame potrebbe essere oggetto di uno specifico, ulteriore approfondimento) – cercherà comunque di delineare il quadro d'insieme e le linee di tendenza seguite dalla Corte, per come emergono nel corso del tempo, senza trascurare di indicare i limiti intrinseci entro cui dovrebbe muoversi la giurisprudenza costituzionale. Com'è noto, per qualcuno siamo di fronte a un'*evoluzione* naturale, per altri invece a un'*involutione* preoccupante, se non addirittura a una *deviazione*, rispetto all'originario modello disegnato nella Carta.

Quel che comunque appare certo è l'emergere sempre più evidente di un fenomeno storicamente ormai consolidato ed in fondo diffuso sul piano globale: la natura sempre più *giurisprudenziale* del diritto² ed il carattere tendenzialmente sempre più *giurisdizionale* del nostro ordinamento ed in genere dello Stato costituzionale contemporaneo (*Verfassung und Richterrecht*)³.

¹... anche da chi scrive, non foss'altro come co-autore di un manuale di *Giustizia costituzionale*: cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VII ed. completamente riveduta e corretta, Torino, Giappichelli, 2022. Si noti che – per quanto, com'è naturale, nel presente lavoro ci si ispiri largamente a questo testo – ad esso, come si vedrà, ci si conformerà solo in parte.

² Cfr. già L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967.

³ Il timore dello “Stato giurisdizionale” – oggi assai paventato anche in Italia – a ben vedere è antico. Per tutti: E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* (1921), trad. it. di R. D'Orazio, Milano, Giuffrè, 1996; C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung* (1931), trad. it. A. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981, 41 ss., che notoriamente contesta, a proposito, «non una qualche giuridificazione della politica, ma una politicizzazione della giurisdizione»; conforme E. FORSTHOFF, *Rechtsstaat oder Richterstaat?* (1970), ora in Id., *Rechtsstaat im Wandel* (1976), trad. it. di A. Mangia, in *L'ultimo Forsthoff. Scritti (1961-1969) di E. Forsthoff su costituzione ed amministrazione tradotti e commentati*, Padova, Cedam, 1995, 81 ss.; M. CAPURSO, *I giudici della Repubblica. Giudici soggetti alla legge o giudici di fronte alla legge*, Milano, EdC, 1977; M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984; soprattutto, R.H. BORK, *Coercing Virtue. The Worldwide Rule of Judges* (2003), trad. it. di S. Fabi e S. Sileoni, Macerata, Liberilibri, 2006; L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, Mucchi, 2018; E. DICIOTTI, *Le*

Se si prende atto di questa più ampia prospettiva, forse è possibile percepire e definire meglio il quadro storico in cui ci troviamo in Italia, configurando una lettura meno pessimista della giurisprudenza costituzionale. Sia chiaro: non mancano, come si vedrà, alcuni eccessi, ma forse è troppo semplicistico parlare genericamente di una deriva *patologica* rispetto al formale e tradizionale equilibrio (astrattamente previsto) fra i poteri. Se è vero che la Costituzione in senso liberaldemocratico è sempre un “processo storico” e non un mero “atto” puntuale nel tempo⁴, non deve stupire né preoccupare troppo la mutazione, nel corso dei decenni, del rapporto fra Corte e Parlamento, a vantaggio della prima. Questo incremento (ora reale, ora apparente) dei poteri della Corte paradossalmente può invece essere considerato – n.b.: con tutte le riserve e le limitazioni che più avanti si diranno – come una risposta forse discutibile, ma in fondo *fisiologica*, del sistema giuridico-costituzionale italiano ad alcune sue carenze strutturali. Infatti, il ricordato fenomeno tendenzialmente globale della giurisdizionalizzazione dello Stato costituzionale, in Italia addirittura diventa “epifenomeno”, a causa delle tradizionali e storiche *defaillances*, quando non vere e proprie latitanze, del potere legislativo. Anche per questo l’attuale “sistema di relazioni inter-istituzionali” presenta alcuni rischi, ma esso può ancora essere letto, soprattutto se contestualizzato in un quadro più ampio, quale inevitabile e più generale risposta di *supplenza* concreta che, a ben vedere, “tutti” gli organi costituzionali di controllo (quindi anche il Presidente della Repubblica), svolgono di fronte alle costanti carenze e ripetute omissioni di “tutti” gli organi di indirizzo politico (dunque anche del Governo): cfr. anche § 10⁵.

In breve, è l’intera nostra “forma di governo” – e la stessa forma di Stato – che viene in evidenza nel confronto fra Corte e Parlamento. Anche per tale ragione, l’evoluzione nel tempo di questa relazione non va necessariamente vista *in peius*, almeno “se e quando” ispirata, esplicitamente o anche solo implicitamente, ai principi di *leale collaborazione* e *sussidiarietà*, dal 2001 espressamente e provvidenzialmente previsti negli artt. 118 e 120 (fra gli enti, ma ovviamente, di riflesso, anche fra gli organi costituzionali).

Di più: in questa prospettiva, un ragionevole e – come si vedrà pre-definito, disciplinato e razionalizzato – incremento dei poteri della Corte può diventare non solo un fattore di correzione/perfezionamento della nostra “forma di governo”, ma anche e di conseguenza, alla fine, persino un fattore di stabilizzazione della stessa “forma di Stato”. Basti immaginare, infatti, cosa sarebbe oggi l’Italia *in assenza* dei così discussi e controversi interventi, demolitivi e additivi, sfornati da Palazzo della Consulta in questi 67 anni (1956-2023). Penso si possa serenamente prendere atto che proprio la semplice esistenza – ed il *libero* funzionamento – della

attività creative dei giudici, Modena, Mucchi, 2022; AA.Vv., *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Napoli, ES, 2022; P. BONINI, *Il giudice e la legge. Contributo sulla funzione «parelegislativa» dei giudici*, Napoli ES, 2022; S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Roma-Bari, Laterza, 2022; F. SAIITA, *Interprete senza partito. Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, ES, 2023.

⁴ Rinvio 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, pp. 343 ss.

⁵ Qui si prenderà in esame soltanto il rapporto Corte/legislatore, ma naturalmente l’inerzia legislativa *non* è l’unico fattore da analizzare per cogliere la tendenza in atto. Basti pensare alla liquefazione dei partiti che ha quasi prosciugato il tradizionale canale di trasformazione degli interessi sociali in norme, spingendo singoli e gruppi ad ottenere il riconoscimento delle proprie pretese *direttamente* presso i giudici.

Corte abbiano costituito, naturalmente insieme ad altri, uno dei fattori decisivi che hanno impedito al nostro ordinamento di trasformarsi, non dico in una *democrazia*, ma in una *democrazia illiberale*, come accaduto in altri Paesi del vecchio continente⁶.

È un fatto che nel corso dei decenni, il controllo di costituzionalità italiano – cercando di colmare le più serie lacune del legislatore, che causano gravi *vulnus* costituzionali – ha inciso profondamente sulla nostra forma di governo. Tale controllo non solo ha determinato una modificazione dell'originario e astratto modellino della *forma di governo* parlamentare, perfezionandolo/integrandolo, ma si è rivelato una componente determinante nel nostro “sistema di pesi e contrappesi”, di fatto stabilizzando indirettamente il regime politico *liberaldemocratico* e la stessa forma di Stato *costituzionale*.

2. Il “risultato” (*pronuncia*), spesso buono, non riduce l'importanza del “metodo” usato (*tecnica decisoria*), non sempre felice

La Corte italiana non è arrivata a dare il suo decisivo e positivo contributo alla forma di governo, e di Stato, né subito, né in maniera sempre limpida e coerente.

A ragione Sabino Cassese si è posto questa domanda: «La frase di Bismark su leggi e salsicce (*se ti piacciono, non cercare di sapere come sono fatte*) si applica anche alle sentenze costituzionali?»⁷. Confesso che – studiando ormai da decenni appunto “come sono fatte” le pronunzie costituzionali – la generale bontà del risultato mi sorprende ancora. La ricca e piuttosto disordinata panoplia di strumenti e di tipologie di decisioni che la Corte italiana usa, pur essendo pressoché tutta di elaborazione giurisprudenziale, non pare favorire un lavoro organico e sistematico del Giudice delle leggi. Ciononostante, con le non trascurabili eccezioni che si diranno, le decisioni sono ispirate di solito a un lodevole equilibrio: insomma, l'*esito* finale di molti processi costituzionali è sicuramente “migliore” delle *procedure* e delle *tecniche* adottate per conseguirlo. E l'*effetto* giuridico finale conta più delle tecniche *processuali* usate, spesso fungibili, per ottenerlo, come si vedrà: cfr. § 8.

Non a caso – con un'immagine felice, mutuata dalla patristica (S. Agostino) – un altro autorevole studioso, Gaetano Silvestri, ha parlato di «*felix culpa*» in relazione a qualche eccesso o disinvoltura che in questi anni hanno caratterizzato le decisioni della Corte costituzionale italiana, avendo comunque esse consentito una coraggiosa opera «di “bonifica” costituzionale della legislazione»⁸.

Ad ogni modo, se complessivamente non può che plaudersi al lavoro della Corte, è ormai evidente, come si preciserà meglio alla fine di queste riflessioni (cfr. § 11), che una *razionalizzazione* delle sue tecniche decisorie, dunque una loro preventiva delimitazione e definizione, potrebbe aiutare l'“organo di chiusura” del nostro ordinamento a rasserenare i rapporti con gli altri poteri dello Stato. Si noti: non tanto con il Presidente della Repubblica,

⁶ Cfr. Dalla “*democrazia costituzionale*”, alla “*democrazia a maggioranza populista/sovranista*” alla “*democrazia illiberale*”, fino alla... “*democrazia*”, in *Riv. dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2020, 3875 ss.

⁷ Così S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2015, 56.

⁸ Cfr. G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig./pubb.*, IX, Torino 1994, 32.

visti i rapporti “funzionali” che uniscono i due controllori della Costituzione, quanto proprio con il Parlamento (ed il Governo)⁹.

Cercare di stabilire “fin dove” può spingersi la Corte non è una questione teorica ed astratta: infatti «*Si Iudex transiret in Legislatorem omnia ex arbitrio penderet*»¹⁰. Determinare, in concreto, quali tecniche decisorie sono da considerare lecite e accettabili e quali, invece, pericolose e da escludere, significa di fatto delineare, e delimitare, la nostra forma di governo (e di Stato). E parlo di tecniche decisorie perché le “pronunzie” sono gli unici atti giuridici con cui Palazzo della Consulta esercita il suo potere, avendo ben altra natura la relazione annuale del Presidente, nonché le esternazioni sue e degli altri giudici. In particolare, si comprendono e si giustificano le preoccupazioni che le decisioni della Corte suscitano in una non trascurabile parte della dottrina, e l’attenzione che comunque ad esse il legislatore deve prestare, perché esse:

- a) ex art. 137, III c., Cost. *non* sono impugnabili (cfr., fra le altre, sentt. cost. nn.: 93-203/1990, 7/1991, 29-2015-220/1998, 347/461/1999, 184/2017);
- b) costituiscono un *giudicato* con efficacia preclusiva non violabile dal legislatore (cfr., da ultimo, sentt. cost. nn.: 275/2009, 245/2012, 73/2013, 169/2015, 231-2017, 101/2018, 127/2021, 199/2022)¹¹;
- c) non sono sempre e discrezionalmente derogabili persino dallo stesso legislatore costituzionale attraverso il mutamento del parametro costituzionale (ex art. 138 Cost.), essendo il controllo di tale procedura rimesso alla Corte costituzionale, non solo in senso formale ma anche sostanziale, in ordine ai “principi fondamentali e diritti inviolabili” (cfr., ex *multis*, sent. nn.: 1146/1988, 366/1991, 73/2001, 238/2014, 24/2017).

Per queste note ragioni, al di là di ogni altra considerazione, è sull’uso (o abuso) delle tecniche decisorie che si è giocata, si gioca e si giocherà buona parte della partita fra Corte e Parlamento.

⁹ È noto infatti che, nell’esercizio del suo compito di *custode della Costituzione*, Palazzo della Consulta ha sempre, o quasi sempre, operato “di concerto” con il Quirinale, l’altro organo di *garanzia costituzionale*: l’una (la Corte), facendo un uso piuttosto spregiudicato dei metodi giudiziari – in particolare attraverso la ricordata ricca panoplia di tipologia di decisioni cui attinge – e l’altro (il Presidente della Repubblica), esercitando col peso della sua carica apicale una funzione, spesso sotterranea ma non di rado persuasiva, di *moral suasion* sulle altre istituzioni e sulle stesse forze politiche, talvolta nell’interesse della Corte, per esempio invitando all’occorrenza il Parlamento ad eleggere i giudici mancanti. Sul punto, mi permetto di rinviare al mio *Storia di un “consolato” di garanzia: il Presidente-garante e la Corte-custode a cinquant’anni dall’inizio dell’attività della Consulta*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli 2006, 597 ss.

¹⁰ F. BACON, *De dignitate et augmentis scientiarum*, 1623, VIII, 44.

¹¹ Per approfondimenti, cfr. E. FURNO, *Giudicato costituzionale*, in *Dig./Disc. pubbl., Agg.*, VIII, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, Torino, 2021, 207 ss. e A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 189 ss. ed È appena il caso di precisare che il concetto di “giudicato” va riferito alle sole decisioni di accoglimento – che, come si sa, hanno effetti *erga omnes*, definitivi, e quasi retroattivi – avendo quelle di rigetto invece efficacia solo *inter partes* e *non definitiva*, cioè che la stessa Corte opportunamente ricorda: «nel nostro sistema di garanzie costituzionali *non* è assolutamente ipotizzabile un giudicato sulla legittimità costituzionale di una norma» (sent. n. 50/2006, mio il c.vo). Si noti tuttavia che in un caso – uno solo – anche la decisione di rigetto ha natura di giudicato: qualora il giudice *a quo* intendesse “ri-proporre” nello stesso giudizio una q.l.c. rigettata, ciò che ovviamente non gli è consentito (cfr., per es.: n. 160/2007). Solo in tale evenienza, paradossalmente, si può parlare di violazione dell’art. 137, u.c., Cost. anche per le decisioni di rigetto.

3. Straordinaria rilevanza, per il *merito*, anche delle c.d. decisioni *processuali*: uno schema riepilogativo

La Corte ha incrementato le sue facoltà in modo, sì, lento e graduale, ma (direi) costante. Fin dall'inizio, per esempio, ha saputo abilmente giocare con la natura dei suoi atti, usando in modo disinvolto ora le *ordinanze* ora le *sentenze*, rendendo così più labile la differenza fra decisioni di *merito* e decisioni *processuali*, col risultato di estendere di fatto il suo potere decisorio.

Com'è noto, nella prospettiva ortodossa e tradizionale, sarebbero decisioni processuali quelle con cui la Corte non entra nel merito della q.l.c. e, per ragioni appunto tecniche, si astiene dal giudizio. Ma, con ogni evidenza, non è vero che la Corte "decide" solo attraverso pronunzie di merito.

Senza dimenticare che esistono decisioni processuali di valore meramente interno (istruttorie organizzazione dei lavori Corte, correzione, rinvio a nuovo ruolo), la vera bipartizione – come altrove rilevato¹² – è fra: a) *sentenze* di accoglimento (l'unico caso in cui la "forma" della sentenza è indispensabile) e b) *decisioni* di rigetto, a loro volta di merito o processuali (la cui "forma" può essere la sentenza o l'ordinanza). Sicché, seppur rare, esistono *sentenze* di natura processuale [restituzione degli atti al giudice *a quo*, improcedibilità, cessazione della materia del contendere, inammissibilità] e soprattutto *ordinanze*, dunque "non solo" sentenze, di rigetto *nel merito* [infondatezza, infondatezza nei sensi di cui alla motivazione (interpretativa di rigetto), manifesta infondatezza].

La Corte, dunque, "decide" sempre, ma quando la Corte assume una decisione di rigetto nel *merito*, "decide" di respingere la richiesta, ritenendola *infondata*, mentre quando adotta una decisione di rigetto *processuale*, spesso semplicemente "decide" di *non decidere*, con le precisazioni che più avanti si faranno.

Come si sa, anche in relazione alle decisioni processuali, la Corte non ha mostrato coerenza nella distinzione tradizionale fra "inammissibilità" [in cui dovrebbe accertare un vizio insanabile e giudicare *in via definitiva*, precludendo chiaramente e nettamente ai giudici la possibilità di riproporre la q.l.c.] e "restituzione degli atti al giudice *a quo*", dove invece non giudicherebbe *in via definitiva*, permettendo al giudice *a quo* di correggere l'ordinanza e, nella sostanza, riproporla [in questo caso la Corte dovrebbe rilevare un vizio, o novità, di natura rilevante ma non irreparabile, di solito uno *ius superveniens* di vario genere: "costituzionale" (si pensi alla novella cost. n. 3/2001); di tipo "legislativo"; "giurisprudenziale italiano"; "giurisprudenziale europeo" (Corte di Strasburgo o del Lussemburgo)]. Esistono, infatti, diversi casi di ordinanze di "inammissibilità" che non precludono affatto al giudice *a quo* la possibilità di rimediare all'errore compiuto.

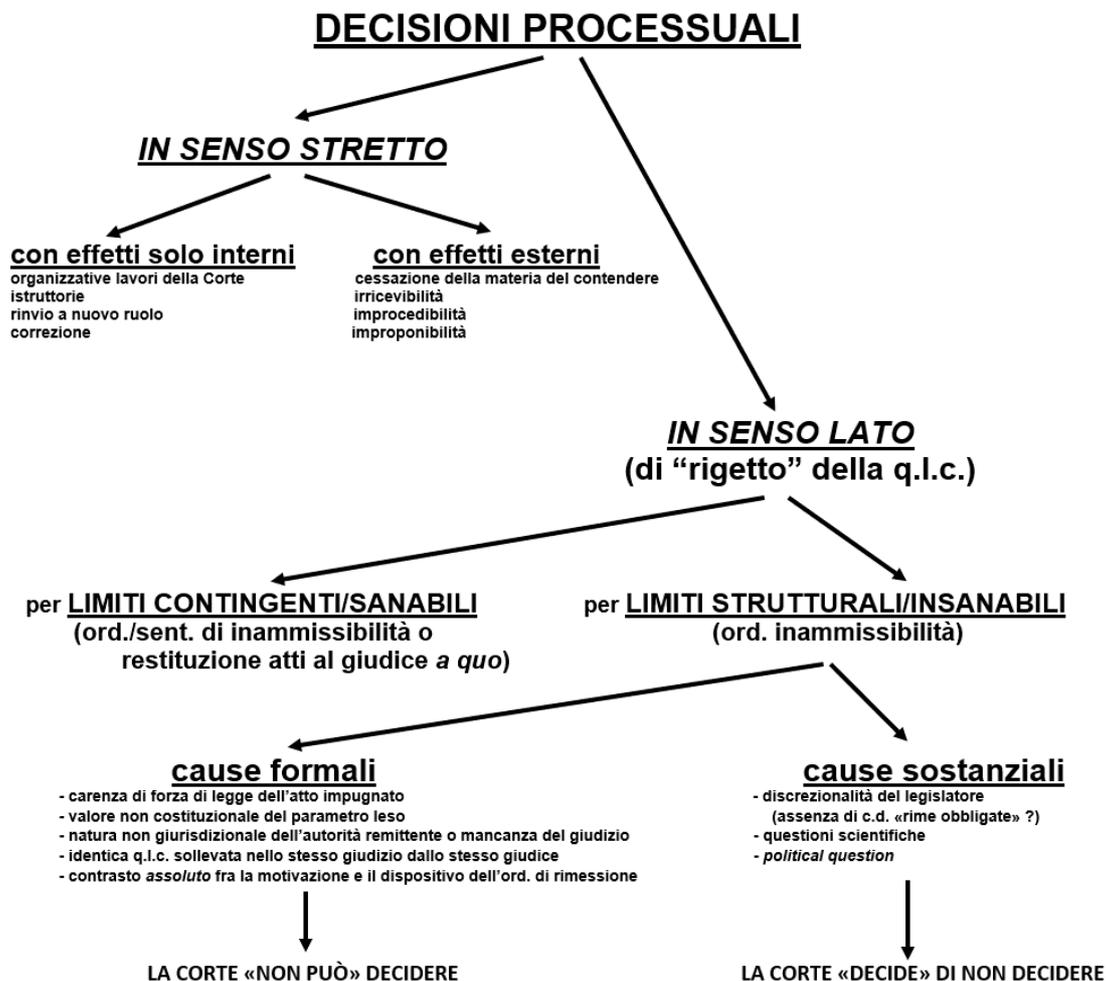
Ad ogni modo – che si usi lo strumento dell'inammissibilità della q.l.c. o, più correttamente, quello della restituzione degli atti – esistono limiti *contingenti*, e dunque vizi *sanabili*,

¹² Per tutti i dettagli e gli approfondimenti qui impossibili, cfr. il mio *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità. Le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, 145 ss.

del procedimento incidentale¹³. Ed esistono pure limiti *strutturali* e vizi *insanabili* dell'ordinanza di rimessione, i quali a loro volta possono essere riconducibili a cause "formali" o a cause "sostanziali", come si può dedurre dallo schema complessivo che segue¹⁴.

¹³ Si pensi a: mancata notifica mancata comunicazione; mancata o carente motivazione sulla rilevanza e/o non manifesta infondatezza; motivazione solo *per relationem*; mancanza/incertezza del *petitum*; mancata indicazione del *verso* (ossia della soluzione auspicata) nel caso di richiesta di decisione additiva; q.l.c. solo ipotetica, sollevata in modo generico, alternativa o ancipite, contraddittoria, oscura; q.l.c. che non permette di identificare bene il *thema decidendum*; erroneo presupposto interpretativo, talvolta risolvibile dal giudice in via interpretativa; difetto di previa interpretazione adeguatrice; errore dichiaratamente sanabile dal giudice; erronea o incompleta descrizione del quadro normativo; omessa o carente descrizione della fattispecie, ecc.

¹⁴ Lo schema, nuovo e organico, prende però spunto da quelli esposti nel mio *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità*, *cit.*, 152. *Ivi* indicazioni più puntuali sulla novità della classificazione così operata, con precise indicazioni di dottrina, giurisprudenza e ulteriori approfondimenti su quasi tutte le osservazioni formulate nel testo.



Lo schema rende evidenti alcune incongruenze della giurisprudenza: per esempio, se invece di pronunciarsi con un'ordinanza di *manifesta infondatezza* (che definisce una questione già decisa nel senso della “infondatezza”) la Corte si limitasse a pronunciare una semplice decisione di *manifesta inammissibilità* (con cui si limita a ricordare/confermare quanto aveva già deciso), non saremmo costretti ad interrogarci se l'ordinanza di *manifesta infondatezza* sia una decisione meramente processuale o di merito.

Parimenti, come è stato rilevato: «Nella prassi oggi diffusa, la Corte cost. parla di pronunce 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*”¹⁵.

¹⁵ Il passo è ripreso da A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 182 s. La citazione fra virgolette è di L. CARLASARE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 31 e 62.

Così pure, va posto l'accento «soprattutto, e più di recente, alle molte ordinanze c.d. di *inammissibilità vestita*. Nell'icastico gergo degli assistenti di studio dei giudici costituzionali sono chiamate 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 (*voce dal sen sfuggita*). 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*. Accade abbastanza spesso per leggi regionali impugnate dallo Stato o viceversa»¹⁶.

Difficile negare, quindi, la crescente labilità/permeabilità della distinzione fra decisioni di "merito" e decisioni "processuali", specialmente nel caso delle decisioni *processuali in senso lato*, o *di rigetto*. La connessa, straordinaria rilevanza di queste ultime pronunce è messa in luce dalla classificazione prima proposta che permette di distinguere nettamente fra decisioni che la Corte *non può non prendere*, dunque *deve prendere*, e decisioni che invece *può prendere* e, a ben vedere, prende liberamente solo quando vuole, perchè – si noti bene – è solo la Corte, sulla base del suo insindacabile giudizio, che stabilisce cosa sia una *political question*, quando una questione ha *rilevanza scientifica*¹⁷ o, più in generale, se sussista il vincolo della *discrezionalità del legislatore*¹⁸. Sappiamo tutti, solo per fare un esempio, che per decenni la Corte ha ritenuto un compito esclusivo del Parlamento – dunque un campo riservato all'esclusiva *discrezionalità politica* del legislatore – la valutazione sui presupposti/requisiti dei decreti legge, per poi stabilire invece che se ne poteva occupare lei stessa nel caso di "mancanza evidente" (sentt. cost. nn.: 29/1995, 29/2002), arrivando, infine, effettivamente ad occuparsene (sentt. cost. nn.: 171/2007, 128/2008, ecc.).

La facoltà del Giudice delle leggi di stabilire, di volta in volta, il "limite" della c.d. discrezionalità legislativa – e dunque di adottare, o non adottare, ordinanze di inammissibilità *per*

¹⁶ Cfr. , fra le molte, spec. le nn. 273/2015 (sulla giustizia sociale), e 84/2016 (sugli embrioni crio-congelati). In merito v. ancora *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità*, cit., 160. Per minori aggiornamenti bibliografici sul punto cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 183, nt. 24. In merito osserva S. CASSESE (*Dentro la Corte*, cit., 185): «Viene scritta una decisione di inammissibilità, ma con argomentazioni che vanno sul merito. Nella Regione ricorrente si levano voci di "vittoria politica", perché risultano confermate le istanze regionali. Si può nascondere nelle pieghe di una decisione di inammissibilità una proposta – non accolta – di decisione di merito, di accoglimento?».

¹⁷ L'importanza delle c.d. micro-verità scientifiche (cui si connette il concetto di bio-diritto) è confermato proprio dal *self-restraint* che di fronte ad esse mostrano i tribunali costituzionali, al punto che ormai qualcuno (S. CECCANTI, *Scienza e politica dopo la pandemia: "chi" decide "cosa"*, in *Federalismi.it*, n. 3/2022, 1 ss.) parla dell'esistenza — accanto alla "riserva di legge" e di "giurisdizione" — anche di una sorta di "riserva di scienza". Per l'Italia, cfr. sentt. cost. nn.: 282/2002; 151/2009 (punto 6.1 del cons. in dir.); e 5/2018 (punto 8.2.1 del cons. in dir.).

¹⁸ Queste tre categorie concettuali e linguistiche non sono mai state definite con chiarezza dalla giurisprudenza che spesso si limita a "rinviare" genericamente al legislatore. Per questo, paradossalmente qualcuno potrebbe considerarle tutte "cause formali" di inammissibilità, in quanto comunque ostacoli tecnico-giuridici cui la Corte non può porre rimedio, alla stregua di *political question*. Sorvolo dunque, in questa sede, sulla complessa e delicata *political question doctrine*. Sul punto, per tutti: P. ZICCHITTO, *The Italian Way to the "Political Question"*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2015, 222 ss. 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: cfr. 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, Giappichelli, 2005, 129.

cause sostanziali – rende evidente la rilevanza “di merito” che quest’ultimo tipo di decisioni formalmente “processuali” hanno di fatto. Su di esse, pur sinteticamente, dovrò ritornare.

4. Le tecniche decisorie per così dire “tradizionali”: a) le pronunce interpretative e le sentenze-monito...

Sorvolo ovviamente sulle decisioni di “accoglimento semplice”, o “caducatorie” *tout court*, che, in sé, sembrano rientrare nei poteri fisiologici di tutti i veri tribunali costituzionali. Ma, prima di soffermarmi sui più recenti ed audaci “tipi di decisione” della Corte (che definirei “a cavallo” fra quelle di merito e quelle processuali o un *mix* fra le due), credo sia opportuno proporre una veloce carrellata sulle ormai classiche tecniche decisorie “di merito” usate nel corso dei decenni dalla Corte – interpretative, di monito, riduttive, additive, sostitutive – giusto per ripercorrere il cammino da essa fatto nel lento ma deciso processo di “erosione” del principio di *discrezionalità del potere legislativo*.

Com’è noto, con le decisioni di *rigetto interpretative* la norma individuata dalla Corte quale oggetto del giudizio è *diversa* da quella estrapolata dal giudice *a quo* e indicata nell’ordinanza di rimessione. Ciò in quanto, con giusta severità, Palazzo della Consulta ricorda ai giudici che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali»¹⁹. È chiaro che ciò è possibile solo di fronte a un testo normativo *poli-senso*, in relazione al quale la Corte esige/richiede che i giudici, a maggior ragione in assenza di diritto vivente, esperiscano almeno il tentativo di un’interpretazione adeguatrice. Quando invece la disposizione normativa di dubbia costituzionalità da interpretare è chiara – dunque *mono-senso* – è esclusa la possibilità di una forzatura ermeneutica, non potendosi ricorrere all’interpretazione adeguatrice²⁰. Dunque, per quanto già le semplici *interpretative di rigetto* esprimano bene la disinvoltura e determinazione con cui opera la Corte costituzionale, con ogni evidenza tali decisioni non condizionano tanto il Parlamento (potere legislativo) quanto i giudici *a quibus* (potere giudiziario).

¹⁹ *Ex multis*, cfr. sentt. nn.: 356/1996 e 345/1997, 7-80/1998, 174/1999, 177-408/2000, 365/2001, 116-127/2002, 19/2003, 89-115/2005, 86-238-239/2006, 85-464/2007, 147-307/2008.

²⁰ Più precisamente, quando il giudice si allontana dalla consolidata giurisprudenza europea CEDU o UE (nn. 145/2020, 182/2021) o dal diritto vivente, le decisioni interpretative “di rigetto” sono c.d. *correttive*: in questo caso, la Corte – adeguandosi all’interpretazione prevalente (diritto vivente), “rispettosa” della Costituzione – di fatto sanziona il singolo giudice, incapace di fornire un’interpretazione della legge “diversa” e costituzionalmente conforme (per es. nn.: 499/1995, 237-244/1997, 138/2001, 295-496/2002, 198/2003, 180/2017, 135/2018, 189/2019). Quando invece *non c’è* diritto vivente, le interpretative di rigetto della Corte sono qualificate come *adeguatrici*: a) *in senso stretto*, classiche, manifeste e vincolanti, se il dispositivo recita «nei sensi di cui alla motivazione» o «in quanto» la legge venga interpretata in un certo modo (per es. nn.: 51-60-200-238/2014, 71-150/2015, 175-219/2016, 29- 77-180- 247/2017, 94-101-111-128-135/2018, 1-193/2020, 64-89-150-183-197/2021); b) *di rigetto interpretative* o occulte/mascherate/anonime, se l’interpretazione conforme è solo nella motivazione, dunque con effetto parrebbe solo persuasivo (per es. nn.: n. 44-58-120/1997, 10-139/1998, 48-156-199-200- 201-215-225-228-273-335-383/1999, 73-190-227-228-252-393/2001.... 98-100-242-250-278/2014, 64-66-206/2015, 13- 284/2016, 232-272/2017, 16-116/2018, 69-172-182/2021).

Anche nel caso delle sentenze-monito (su cui v. pure, più avanti, il § 7) ci troviamo *formalmente* di fronte ad una decisione di rigetto, ma l'effetto è profondamente diverso: qui il rigetto è accompagnato, nella motivazione, da una raccomandazione ordinariamente rivolta proprio al Parlamento, affinché "provveda". Infatti, oltre che *monito*, tali decisioni sono chiamate talvolta anche sentenze-*decalogo*. In questo caso, la Corte fa intendere che la legge non è ancora incostituzionale, ma rischia di diventarlo e dà indicazioni anche temporali, più o meno vaghe, al legislatore. È innegabile che tali decisioni, visto l'organo da cui provengono, in astratto dovrebbero influire pesantemente sull'operato del Parlamento, ma in concreto l'esperienza storica ci dice invece che quasi sempre i moniti della Corte hanno costituito semplici *flatus vocis*. Bisogna dunque riconoscere che la forza "giuridica" di tali decisioni – o se si preferisce, l'"effettività" del seguito legislativo di tali pronunce – è assai modesta, se non nulla. Ne consegue che le sentenze-monito possono avere, tutt'al più, effetti politico-persuasivi, ma non possono essere considerate giuridicamente vincolanti. La questione non è di poco momento perché è legata proprio alla "forma giuridica" di tale tipo di pronuncia: essendo decisioni di rigetto, le sentenze-monito, come prima si ricordava, non hanno valore di *giudicato*, rendendo così possibile – su questa flebile, ma ineccepibile, base formale – l'ignavia/indifferenza del Parlamento e, verrebbe da dire, la conseguente frustrazione della Corte.

Del resto, non si riuscirebbero a comprendere le ragioni che più tardi porteranno la Corte all'adozione di alcuni singolari e particolarmente incisivi tipi di pronuncia costituzionale, se non si tenesse conto della prassi di ostinata "sordità" del legislatore. È appena il caso di ricordare che esiste un lungo passato di relazioni difficili fra i due organi, in spregio di ogni leale collaborazione, che in qualche caso ha raggiunto picchi chiaramente conflittuali. Penso alla provocatoria revisione dell'art. 135 della Carta, operata dal Parlamento (l. cost. n. 2/1967), con cui, fra l'altro, venne abbassata la durata del mandato dei giudici costituzionali da 12 a 9 anni e cancellata la *prorogatio* degli stessi, attentando implicitamente alla funzionalità dell'organo di garanzia (proprio di fronte all'inerzia del Parlamento nell'elezione dei giudici mancanti) e nonostante la Corte ne avesse invece riconosciuta l'applicabilità ai suoi componenti nell'art. 18 del Reg. Gen. del 1966, che poi – con deliberato ritardo – verrà soppresso da Palazzo della Consulta solo il 7 luglio del 1979.

Non si può qui indugiare su altri aspetti di conflittualità interorganica, ma – senza voler ridurre macchiettisticamente la complessa dialettica Corte/Parlamento al semplicistico brocardo "a brigante, brigante e mezzo" – è certo ci siano stati momenti burrascosi e che l'inutilità dell'adozione di decisioni-monito costituisce uno dei fattori che, nel corso degli anni, ha indotto la Corte ad intervenire con ben altri e più efficaci strumenti per sanzionare e contenere costituzionalmente la "discrezionalità" del legislatore.

5. (segue): *b*) le decisioni manipolative: *b*¹) del testo costituzionale e *b*²) del testo di legge: riduttive, additive, sostitutive

Come si sa, le decisioni *manipolative* nello spazio sono di due tipi. In un caso, la Corte manipola, o interpreta sapientemente, il testo della “Costituzione” (*b*¹); nell’altro, manipola, aggiungendo e/o togliendo qualcosa, il testo della “legge” (*b*²).

Nella prima ipotesi (*b*¹), di solito sottovalutata dalla dottrina e alla quale non a caso dedico qualche rigo in più, la Corte fa dire al testo costituzionale ciò che esso espressamente non dice, ma tutt’al più lascia intendere. Questo tipo di decisioni – che alcuni di noi chiamano di “revisione costituzionale”²¹ – derogano alle procedure di cui all’art. 138 Cost., *estendendo* il parametro costituzionale attraverso l’esclusiva attività “ermeneutica” del Giudice delle leggi che, grazie a motivazioni *topico-retoriche*²², di fatto finisce col *creare* “nuove” norme costituzionali²³. I casi sono molti, anche se non innumerevoli: ma qui rileva la qualità e non la quantità delle decisioni. Si pensi, per tutti, al lungo elenco di nuovi limiti all’ammissibilità del *referendum* interamente inventati dalla Corte (v. spec. sent. n. 16/1978), all’introduzione di un giudizio costituzionale diffuso – originariamente non previsto dalla Carta – di disapplicazione giudiziale diretta delle leggi in contrasto con norme comunitarie auto-applicative (sent. n. 170/1984), all’individuazione dei “controlimiti” anche nel diritto internazionale consuetudinario (n. 238/2014), ecc.

Il fatto che, dal punto di vista nomologico, ovviamente ci troviamo di fronte non a nuove “disposizioni” (testo significante), ma solo a nuove “norme” (mero significato) *costituzionali*, attenua appena la straordinaria rilevanza dei poteri ermeneutici del Giudice delle leggi, il quale – pur non essendo l’interprete esclusivo della Carta – certo ne ha il monopolio interpretativo finale, dando vita a serie aporie giuridiche, prima fra tutte quella per cui *chi ha il potere di interpretare la Costituzione ha anche il potere di “creare” la Costituzione*²⁴. In questo senso, stupisce un po’ la consueta e diffusa preoccupazione per i poteri creativi/manipolatori della Corte sulla *legge*, mentre mi sembra che si sottovaluti l’analogo, ma ben più incisivo, potere della Consulta sulla *Carta* costituzionale. Naturalmente i due profili sono strettamente connessi. Non sono però affatto identici, il secondo costituendo un nodo classico di teoria generale presente in tutti gli ordinamenti in cui esiste un controllo di costituzionalità e su cui il conflitto dottrinale è sempre stato particolarmente acceso, soprattutto fuori d’Italia²⁵.

Resta il fatto che la Corte italiana chiaramente non è un mero “legislatore negativo” di kelseniana memoria, ma – al pari di altre – è diventato un vero e proprio *organo positivo di*

²¹ Cfr. A. RUGGERI - A. SPADARO, *op.cit.*, 169.

²² Sul punto v. il mio *Le motivazioni delle sentenze costituzionali come “tecniche” di creazione di norme costituzionali*, in *Nomos*, 1993, 356 ss.

²³ Cfr. E. CHELI - F. DONATI, *La creazione giudiziale del diritto nelle decisioni dei giudici costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2007, 55 ss. Ma v. già G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1981, I, 1684.

²⁴ Per approfondimenti sul punto esiziale rinvio a *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, l’intero § 12 del Cap. II, 395 ss., *ivi bibl.*

²⁵ Si pensi specialmente in Germania alle note divergenze fra P. Häberle e E.-W. Böckenförde, su cui mi permetto di rinviare a *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, in *federalismi.it*, n.16/2021 (30 giugno 2021), spec. 222 ss.

*produzione di font*²⁶, non solo primarie (norme di legge), ma anche superprimarie (norme costituzionali), finendo con l'assomigliare un po' alla Corte suprema americana nella sua veste di *costituente permanente*. In breve, mentre non deve scandalizzare troppo, con i limiti che si diranno (cfr. spec. § 9), il lavoro "manipolativo" del Giudice delle leggi... sulle leggi stesse, a mio giudizio va invece attentamente monitorato e controllato il potere "creativo" della Consulta sul testo costituzionale, per quanto si tratti di uno sviluppo giurisprudenziale inevitabile, essendo legato alla natura stessa dei tribunali costituzionali, nella loro naturale funzione di equilibrio – insieme di conservazione e aggiornamento ermeneutico – delle Carte. Come altrove ricordato – nel quadro dei tre principali approcci ermeneutici possibili (*nettamente cognitivista, moderatamente cognitivista, dichiaratamente scettico*) – l'interpretazione giuridico-costituzionale è caratterizzata da un "cognitivismo moderato": ora è un fenomeno dichiarativo/*conoscitivo*, ora invece un fenomeno costitutivo/*valutativo*. Proprio questa ragionevole via intermedia permette ai tribunali costituzionali di garantire la perenne attualità delle Carte, adattandone la portata – di volta in volta e quando possibile – al contesto storico, senza però snaturarne i principi fondamentali²⁷.

Ma v'è un limite a tutto: l'attività ermeneutica di aggiornamento dei testi costituzionali (caratterizzati per lo più da principi piuttosto che da regole), non può essere fatta coincidere interamente e semplicisticamente con quella *tout court* creativa. Si tratta, invece e piuttosto, di rendere *espliciti* valori costituzionali "sostanzialmente" *impliciti*, pena il rischio di scivolare pericolosamente nel *Freies Recht*.²⁸

Nella seconda ipotesi (*b*²), si collocano i ben più numerosi casi di sentenze *manipolative del testo di legge*, caratterizzate – come si sa – dalla formula «nella parte in cui», che si sviluppa poi in innumerevoli varianti linguistiche, e sono riassumibili in: 1) riduttive (o di accoglimento parziale); 2) additive; 3) sostitutive.

Mi limito qui a ricordare che quelle "riduttive" o "accoglimento parziale", come si sa, annullano solo una "parte" della legge («nella parte in cui dice»). In questo caso, la Corte non si limita ad interpretare il testo della legge, ma scompone ed espunge una parte della disposizione o della norma, eliminando soltanto ciò che è strettamente necessario. 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*

²⁶ Per tutti, v. A. CELOTTO, *Le sentenze della Corte costituzionale sono fonti del diritto?*, in *Giur. cost.*, 1/2003, 27 ss.

²⁷ V. ancora a *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, cit., 226.

²⁸ Non è il "diritto libero", infatti, la risposta ai seri problemi ermeneutici che incontrano i giudici costituzionali. Giustamente G. SILVESTRI (*Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, n. 1/2006, 117) ricorda che la Corte deve prendere atto «della forza generatrice dei principi quando questa forza è matura per il parto. Ma non può essa stessa creare ex novo nuovi principi». È pur vero, però, che i giudici costituzionali nemmeno possono limitarsi a conservare/mummificare il testo costituzionale, secondo l'approccio dell'originalismo più retrivo (*textualism*). In questo senso, può essere utile la metafora della "madre" (Assemblea costituente), destinata a morire con il parto (atto costituito battezzato "Costituzione"), che prima di morire affida appunto a un'esperta "nutrice" (Corte costituzionale), non solo la *conservazione*, ma anche la *crescita* del "neo-nato" (aggiornamento ermeneutico del testo costituzionale). Sul punto rinvio al mio *La transizione costituzionale. Ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in AA.VV., *Le "trasformazioni" costituzionali nell'età della transizione. Incontro di studio, Catanzaro 19 febbraio 1999*, a cura di A. Spadaro, Torino, Giappichelli 2000, 17 ss.

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/Parlamento²⁹.

Quanto alle decisioni *manipolative* di tipo “additivo”, la Corte, attraverso tali pronunce, com’è noto evidenzia l’illegittimità della legge in due ipotesi:

- a) per “esclusione” («*nella parte in cui esclude/impedisce, ecc.*»): quando una norma espressa c’è, ma con effetti escludenti incostituzionali, che determinano un “vuoto normativo” incostituzionale;
- b) per “omissione” («*nella parte in cui non dice, prevede, ecc.*»): quando proprio *manca* una norma, ossia nel caso di *omissione del legislatore* (spesso intollerabilmente protratta nel tempo). Invero l’Italia non possiede una normativa che preveda «l’illegittimità per omissione», a differenza di altri Paesi (Portogallo, Brasile, Ungheria...) dove *teoricamente* esiste, anche se è lecito dubitare che qualcuno possa davvero obbligare il legislatore ad un *facere* specifico. Soprattutto: nel nostro ordinamento – mentre è contemplato un intervento cautelare della Corte meramente “sospensivo” degli atti *non* legislativi nel caso di conflitto fra enti³⁰ e, piuttosto oscuramente, per *atti legislativi* nel solo caso di contrasto Stato-Regioni³¹ – non viene disciplinato un intervento cautelare “sostitutivo”, dunque non meramente sospensivo ma “attivo” di un altro potere dello Stato per *omissione del legislatore*, che invece, se fosse previsto, certo sarebbe assai incisivo. A mio avviso, proprio quest’ultima carenza (se non lacuna) normativa da un lato ha reso possibili alcuni eccessi di discrezionalità da parte del legislatore e, dall’altro, spiega (anche se non sempre giustifica) le soluzioni “alternative” che, più avanti si vedrà: cfr. § 9, la Corte ha adottato.

Ad ogni modo, in entrambi i casi prima ricordati di additive (a/b), l’unico rimedio certo individuato dai giudici della Consulta è stato l’adozione di una sentenza che individuasse “la” – si noti l’articolo determinativo – *norma mancante* con effetto auto-applicativo, beninteso ove possibile. Ed era possibile, nel caso delle additive semplici, quando “la” soluzione normativa proposta appariva, per usare le parole della stessa Corte, «univoca e costituzionalmente obbligatoria» (cfr., per es., sentt. nn. 8- 205-435/1987, 55/1996, 349-398/1998, 283-310-341/1999).

²⁹ Per gli approfondimenti sulla ulteriore articolazione tipologica di queste pronunce – n.b.: e di *tutte le altre esaminate in questo paragrafo* ed in genere nel testo – nonché per più puntuali indicazioni di giurisprudenza e di dottrina in merito, si rinvia senz’altro a A. RUGGERI - A. SPADARO, *op.cit.*, 207 ss.

³⁰ Così l’art. 40, l. n. 87/1953: «L’esecuzione degli atti che hanno dato luogo al conflitto di attribuzione fra Stato e Regione ovvero fra Regioni può essere, in pendenza del giudizio, sospesa per gravi ragioni, con ordinanza motivata, dalla Corte».

³¹ Nel quadro degli artt. 123 e 127 Cost., cfr. l’art. 9 della legge La Loggia (n. 131/2003) – il quale prevede che la Corte possa sospendere l’efficacia della legge impugnata nel caso di «irreparabile pregiudizio all’interesse pubblico o all’ordinamento giuridico della Repubblica» o di «pregiudizio grave ed irreparabile per i diritti del cittadino» – nonché gli artt. 35, l. n. 87/1953 e 21, N.I. per i giudizi dinanzi alla Corte. Sul punto, per tutti: P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell’ordinamento costituzionale italiano*, Padova, Cedam, 2008, 54 ss.; R. DICKMANN, *Il potere della Corte costituzionale di sospendere in via cautelare l’efficacia delle leggi (Osservazioni a margine di Corte cost., ord. 14 gennaio 2021, n. 4)*, in *federalismi.it*, n. 4/2021, 10 febbraio 2021, 118 ss.; C. SALAZAR, *La prima volta. La Corte costituzionale sospende l’efficacia della legge valdostana «anti-d.P.C.M.»*, in *Quad. cost.*, 2/2021, 418 ss..

Come si sa, tali sentenze – che, a loro volta, si articolano in diversi tipi³² – erano dunque, per dirla con V. Crisafulli, «a rime obbligate», *apparentemente* non esistendo alternative alla soluzione trovata dai giudici costituzionali³³. Questa all'epoca ardita tecnica decisoria – per quanto assai discussa, al punto che le “rime obbligate” venivano considerate ironicamente «la più euclidea» delle forme poetiche³⁴ – comunque almeno per un po' di tempo ha tranquillizzato una parte dei teorici della separazione pura delle funzioni (e quindi dei poteri) fra Corte e Parlamento, nell'illusione dello “sblocco obbligato”, illusione però presto svanita di fronte alla graduale consapevolezza che, a ben vedere, le “rime obbligate” non esistevano “in natura”, ma solo «nella mente dei giudici costituzionali»³⁵.

Sembrava, dunque, che con questo tipo di decisione si fosse raggiunto il massimo dell'espansione “creativa” della giurisprudenza costituzionale. Ma si trattava, invece, soltanto di un primo, pur importantissimo, passo che – dietro il fragile paravento dell’“unica norma possibile” – rimetteva in discussione il tradizionale potere discrezionale del legislatore. Si noti che l'innovativa soluzione trovata presentava un difetto ed un pregio: il grave “difetto” di non essere spendibile sempre, ma solo nei casi, invero non frequenti, di una *plausibile* norma costituzionalmente compatibile ed il non trascurabile “pregio” che tale plausibilità non era espressione di un potere realmente arbitrario della Corte, essendo invece pubblicamente valutabile secondo i canoni della ragionevolezza. Infatti, l'eventuale individuazione – improbabile, ma astrattamente possibile – da parte di altri operatori giuridici (Parlamento, giudici, dottrina...) di “altre” norme costituzionalmente compatibili rispetto a quella trovata dalla Corte avrebbe svuotato di senso l'unica motivazione che accompagnava, e giustificava, la pronuncia additiva: il rinvenimento, invero piuttosto di rado, di una norma «univoca e costituzionalmente obbligata». In questo caso, la soluzione estrapolata dai giudici costituzionali – nella misura in cui non risultava «logicamente necessitata» (cfr. sentt. nn. 109/1986, 125-328/1988) – sarebbe apparsa come una forma di *abuso di diritto*. In conclusione, per il fatto di essere sempre sottoponibile al pubblico controllo volto ad attestarne l'effettiva *necessità*, l'audace intervento “creativo” sulla legge (operato dal Giudice delle leggi) non intaccava realmente la discrezionalità del legislatore e, proprio per questo, consentiva – e consente – di considerare le additive semplici, in fondo, tecniche decisorie ragionevoli.

³² Mentre ovviamente – con alcune eccezioni *in melius* – non sono possibili additive, oltre che in materia fiscale, in materia penale, per la chiara riserva di legge *ex art. 25, II c., Cost.*, esistono, benchè siano più rare, sentenze manipolative di tipo *additivo* che “aggiungono/cesellano” solo alcune parole: cfr. le sent. nn. 50/2008, 178/2013, 158/2019 («nella parte in cui non contiene le parole ...»). Le additive sono anche dette: di “di garanzia”, quando tutelano diritti di libertà classici; di “prestazione”, quando mirano a soddisfare diritti legati a pretese patrimoniali; “procedurali”, quando – nel giudizio in via principale – aggiungono una specifica forma di collaborazione fra Stato e Regione (intesa, previo parere, ecc.). Più precisamente, queste ultime sono poi da distinguere dalle “additive di principio di meccanismo” o di procedura, per le quali: serve un «meccanismo di collaborazione», non c'è «alcuna collaborazione», ecc. Per tutte queste, ed altre osservazioni di dettaglio, con riferimenti di dottrina e giurisprudenza, v., al solito, A. RUGGERI - A. SPADARO, *op.cit.*, 207 ss.

³³ Cfr. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA.Vv., *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhiocupo, Bologna, Il Mulino, 1978, 84 e Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, I e II, Padova, Cedam, 1984, II, 402 ss.]

³⁴ Così: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 89, ma v. *passim*.

³⁵ Così L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre '81 - luglio '85)*, in AA.Vv., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, I, 313 s.

Analoghe considerazioni possono farsi per le pronunce c.d. “sostitutive”, che a ben vedere sono soltanto una variante delle additive, visto che anche in questo caso la soluzione individuata dalla Corte deve essere “a rime obbligate”, anche se tali decisioni vengono introdotte, come si sa, con una formula linguistica più complessa: «*nella parte in cui dice/prevede x, anziché y*». Dunque, per un verso, la legge è incostituzionale per quel che “dice” (*pars destruens*: componente *ablatoria*); per l’altro, è incostituzionale per quel che “non dice” (*pars construens*: componente *additiva*). Possono essere *sostitutive* di “regole”, *sostitutive* di “principi” e persino – analogamente ad alcuni tipi di semplici additive – *sostitutive* “di procedura”. Questo tipo non frequente di pronunce colma un vuoto normativo determinato non tanto da un’esclusione/omissione del legislatore, ma dall’intervento “caducativo” della stessa Corte. Per le ragioni già dette, e nella misura in cui la norma aggiunta sia effettivamente l’unica costituzionalmente possibile, esse non attentano realmente alla discrezionalità del legislatore e si rivelano un efficace strumento a disposizione della Consulta.

6. Il salto ermeneutico compiuto con le c.d. “additive di principio”

Nel corso degli anni, la Corte si è resa presto conto che sia le pronunce additive che quelle sostitutive – per quanto decisamente incisive rispetto alle semplici pronunce caducatorie *tout court* – non riuscivano comunque a colmare le lacune prodotte dall’atteggiamento passivo adottato, per scelta o anche solo per indifferenza, dal Parlamento. Ha dunque trovato un ulteriore, ancor più sofisticato, *escamotage* per colmare il vuoto legislativo esistente quando non appariva praticabile una soluzione “a rime obbligate”, ossia quando – come più spesso accade – non v’era *un solo modo* di tutelare il valore costituzionale leso, ma una *pluralità* di soluzioni normative diverse affidate alla (teoricamente) libera discrezionalità del legislatore.

I giudici costituzionali dell’epoca erano saggiamente consapevoli del fatto che l’eventuale scelta di “una” fra le norme possibili (idonee a sanare il vizio di legittimità), avrebbe comportato – derogando al criterio/limite delle c.d. rime “obbligate” – una chiara lesione delle attribuzioni costituzionali di altri poteri dello Stato. Segnatamente, sapevano che tale scelta avrebbe finito – inevitabilmente – o con l’invadere il campo *creativo* del Parlamento (limite della c.d. discrezionalità legislativa, dalla Consulta stessa più volte in teoria riconosciuto) o il potere *ermeneutico* dei giudici, da sempre considerati in grado di colmare in via interpretativa, quando possibile, le lacune del diritto ed in ogni caso liberi di interpretare le leggi, persino di fronte alle decisioni della stessa Corte di Cassazione, estrapolando dalle disposizioni la norma da applicare al caso concreto (*iura novit curia*).

L’*impasse* era grave, anche perché le formalmente ineccepibili pronunce costituzionali di inammissibilità – che la Corte sfornava di fronte alle per altro comprensibili richieste di additive provenienti dai giudici *a quibus* (sulla base dell’argomento che non potevano decidere quale fosse, fra le tante, la norma in grado di colmare il vuoto costituzionale) – rischiavano di trasferire sulla “Corte” le stesse tradizionali accuse rivolte al “legislatore” di inerzia, quando non di latitanza.

In questa difficile situazione la Corte ha estrapolato, come si sa, una nuova tecnica decisoria: la c.d. “additiva di principio”. Talvolta ha suscitato perplessità in dottrina³⁶, ma a mio avviso costituisce invece una tecnica raffinata, se non geniale, ancorchè non del tutto e non sempre risolutiva. In breve – riproponendo la nota distinzione nomologica fra *principi* e *regole* – la Consulta riusciva a non sfuggire al quesito postole dai giudici *a quibus* limitandosi a indicare non una *regola*, ma un *principio*: questo, sì, inderogabile quale disciplina costituzionalmente necessaria (o a contenuto costituzionale minimo). In tal modo, ove la lacuna fosse stata *reale*, non avrebbe invaso il campo del legislatore (cui soltanto spetta “creare” la norma-regola), e – ove la lacuna fosse stata *apparente* – non avrebbe invaso il campo dei giudici (cui soltanto spetta di “trovare” la norma-regola). Essa, così, poneva solo un “principio” generale sulla futura produzione legislativa, in attesa dell’intervento con effetti *erga omnes* del legislatore, che aveva già tracciata, grazie al principio indicato dalla Corte sulla base della Costituzione, la via da percorrere. Nel frattempo quando possibile, i giudici *a quibus*, sempre tramite il “principio” espresso dalla Corte, potevano individuare per via ermeneutica, ma con effetti solo *inter partes*, la “regola” per il caso concreto a loro sottoposto.

Come si sa, le additive di principio possono essere con termine o senza termine, di meccanismo, per mancanza di flessibilità, di procedura (quando per esempio manca la “leale cooperazione” costituzionalmente prevista fra Stato e Regioni). Infine, possono pure distinguersi a seconda del destinatario cui sono rivolte, sicché avremo pronunce: *monodirezionali* [rivolte solo al legislatore (non auto-applicative): nn. 51/2005, 160/2008, 170/2014], *bidirezionali* [rivolte al legislatore e ai giudici (auto-applicative): nn. 222/2004, 77-254/2007, 113/2011], *tridirezionali* [rivolte al legislatore, ai giudici e alla PA (auto-applicative): 158/2001]³⁷. Come del resto in tanti altri tipi di pronuncia, non è solo il rapporto Corte/Parlamento che viene toccato da queste decisioni: la potenziale pluralità di soggetti destinatari delle additive di principio coinvolge praticamente tutti i poteri (legislativo, giudiziario ed esecutivo), confermando ancora una volta – ove ve ne fosse bisogno – quanto le funzioni della Corte incidano sulla complessiva forma di governo (toccando la stessa forma di Stato: cfr. § 1).

Purtroppo – a differenza delle additive di principio bi- o tri-direzionali (rispettivamente rivolte al legislatore e ai giudici e al legislatore, ai giudici e alla P.A.) – le *additive di principio monodirezionali*, essendo rivolte solo al legislatore, non sono *self-executing*, non avendo effetti auto-applicativi (cfr., per es. nn.: 51/2005, 160/2008, 170/2014). In ogni caso, questa raffinatissima tecnica giudiziaria – benchè non sempre applicabile e non sempre risolutiva, avendo un effetto solo *pro tempore* – resta una soluzione intelligente e certo preferibile a una mera decisione di inammissibilità o anche ad una equivoca pronuncia di rigetto in forma di “costituzionalità provvisoria”.

³⁶ Cfr., per tutti: C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, Giappichelli, 2000, spec. 137 ss. e ID., “Guerra e pace” nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su peccati e virtù delle additive “di principio” quali decisioni atte a rimediare alle “omissioni incostituzionali” del legislatore, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano, Giuffrè, 2000, 253 ss.

³⁷ Un ampio approfondimento su tale tecnica sempre in A. RUGGERI - A. SPADARO, *op.cit.*, 211 ss.

7. Le decisioni *manipolative* “nel tempo”: a) per il passato (incostituzionalità differita e incostituzionalità sopravvenuta); b) per il futuro (sentenze indirizzo e decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata)

Con ogni evidenza, il nesso fra decisioni manipolative nello spazio e decisioni manipolative nel tempo è strettissimo, essendo esse complementari³⁸. Anzi, può dirsi che spesso le due tecniche sono così intrecciate da apparire indistinguibili: al di là delle diverse modalità adottate, alla fine prevale il comune effetto manipolatorio.

A differenza che in altri ordinamenti (Austria, Grecia, Israele, Perù, Portogallo, Slovenia, ecc.), dove espressamente è previsto che si possano controllare gli effetti temporali delle sentenze costituzionali – per esempio facendo decorrere gli effetti dell’incostituzionalità dalla data indicata nella decisione o in un momento successivo – in Italia (come, ad esempio, negli Usa e in Germania) è stato lo stesso tribunale costituzionale che, lentamente, si è ritagliato un significativo potere/competenza in questo campo, predisponendo una panopia di alternative³⁹.

Come si sa, possono essere distinte – solo per comodità espositiva, visto che talora sono coinvolti insieme passato e futuro – in manipolative per il passato (*pro praeterito*) e per il futuro (*pro futuro*).

Le decisioni manipolative per il passato (*pro praeterito*) a loro volta si distinguono in decisioni di “incostituzionalità sopravvenuta” e pronunzie di “incostituzionalità differita”. Entrambe dichiarano l’incostituzionalità «dal momento in cui», ma mentre il primo tipo (“incostituzionalità sopravvenuta”) è logicamente ineccepibile perché effettivamente solo a partire da un certo momento è cambiato il parametro costituzionale (per es.: legge di revisione costituzionale, nuova norma interposta) o comunque il vizio della legge si determina in un momento successivo alla sua entrata in vigore, il secondo (“incostituzionalità differita”) è espressione di un “salto logico” compiuto dalla Corte che sposta “in avanti” – rispetto al momento in cui si verifica il *vulnus* costituzionale – il *dies a quo* degli effetti caducatori. È soltanto in questo caso – «incostituzionalità differita» – che la formula «dal momento in cui», esprime veri e discutibili effetti manipolatori, solo per il futuro, ossia dal giorno successivo alla pubblicazione: cfr. nn. 226/1988, n. 1/2014 (sistema elettorale)⁴⁰, 10/2015 (Robin Hood tax), 178/2015 (blocco della contrattazione del pubblico impiego), 152/2020, ecc. Azzerando la naturale retroattività degli effetti delle pronunzie costituzionali, esse derogano alla stessa incidentalità del processo costituzionale (pur riconosciuta intoccabile in passato: v. n. 232/1989)⁴¹.

³⁸ Così 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, Giuffrè, 1989, 52.

³⁹ Per osservazioni di dettaglio su questo tipo di decisioni, con riferimenti di dottrina e giurisprudenza, v., al solito, A. RUGGERI - A. SPADARO, *op.cit.*, 220 ss.

⁴⁰ Sugli aspetti problematici dell’importante decisione v., fra i molti, spec. A. RAUTI, *I sistemi elettorali dopo la sentenza costituzionale n. 1 del 2014. Problemi e prospettive*, Napoli, ESI, 2014.-

⁴¹ Sotto certi aspetti, sono accostabili alle pronunce del *Tribunal Constitucional* spagnolo, che – dopo la sent. n. 45 del 1989 – accanto all’incostituzionalità-nullità (*incostitucionalidad*), con effetti anche *ex tunc* oltre che *ex nunc*, ammette anche un’incostituzionalità semplice (*simple incostitucionalidad*), che ha effetti solo *ex nunc*. Cfr., per tutti, V. DI PASQUA, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di incostituzionalità: Spagna e Italia a confronto alla luce della sentenza n. 10 del 2015*, in *Rivista online dell’AIC*, ottobre 2015, secondo il quale sia il

Semplificando molto, le decisioni manipolative per il futuro (*pro futuro*) si adottano quando la lacuna normativa che può creare la sentenza è più grave della stessa vigenza della disciplina incostituzionale. Si distinguono in “sentenze-indirizzo” e “decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata”.

Le prime (sentenze indirizzo) a loro volta possono essere classificate come segue: di mero “auspicio di revisione legislativa”, non vincolanti, o di “costituzionalità provvisoria” (detta anche “incostituzionalità latente”), con monito – ma solo per la Corte – vincolante (cfr. § 4): con queste ultime la Consulta riconosce la costituzionalità solo *temporanea* della disciplina e *ordina* al legislatore di modificare in breve tempo la normativa. Sono, sostanzialmente, “di rigetto con riserva di accoglimento”. Si pensi a leggi considerate legittime perché transitorie (n. 112/1993) o perché adottanti provvedimenti leciti solo per l’eccezionalità della crisi economica (nn. 223/2012 e 87/2013). Per questo, le sentenze di “costituzionalità provvisoria” – non dichiarando alcuna illegittimità e limitandosi solo a minacciare un *eventuale* accoglimento futuro, senza fissare alcun tempo di scadenza – si distinguono nettamente dalle più recenti e assai discutibili “ordinanze di rinvio a data fissa” legate al meccanismo della doppia pronuncia, di cui presto si dirà (cfr. § 9).

Con le seconde (“incostituzionalità accertata ma non dichiarata”) il Giudice delle leggi riconosce chiaramente – *nella motivazione* – l’incostituzionalità della normativa. Tuttavia, fa un salto logico e invece – *nel dispositivo* – non annulla la legge, sia pure solo «per il momento», in ragione di un bilanciamento fra valori costituzionali: fra le altre, cfr. sentt. nn. 85/2015, 120-151-200/2021.

Tutte le decisioni manipolative temporali ovviamente sono adottate solo quando non è possibile una *additiva semplice* a “rime obbligate”, né una *additiva di principio*. Essendo la libera disciplina del fattore “tempo” una componente tipica e decisiva del potere legislativo, le decisioni manipolative nel tempo derogano ampiamente al principio di rispetto della c.d. discrezionalità del legislatore. La Corte, anche con *disinvolti* cenni comparati, “teorizza” esplicitamente l’esistenza di un suo pieno potere, direi intrinseco e naturale, di controllo degli *effetti temporali*, con un passo che vale la pena riportare:

«è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l’affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro [...] la comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese – mostra che il contenimento degli effetti retroattivi delle decisioni di illegittimità costituzionale [...costituisce...] una prassi diffusa, anche nei giudizi in via incidentale [...] indipendentemente dal fatto che la Costituzione o il legislatore abbiano esplicitamente conferito tali poteri al giudice delle leggi [...perciò...] una simile regolazione degli effetti temporali [...deve ritenersi...] consentita anche nel sistema italiano di giustizia costituzionale» (sent. n. 10/2015)⁴².

Tribunal Constitucional, sia la Corte italiana avrebbero operato non *praeter*, ma *contra legem* (nel nostro caso, per violazione della retroattività/incidentalità prevista dalla legge cost. n. 1/1948 e dalla legge n. 87/1953).

⁴² Per la tecnica del richiamo alla giurisprudenza costituzionale straniera, cfr. P. PASSAGLIA, *L’utilizzo del diritto comparato da parte della Corte costituzionale italiana. Alcuni spunti di riflessione a partire dalla giurisprudenza del periodo 2000-2021*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 2/2022, 91 ss.

Certo la Corte, con le sue decisioni, può incidere sugli effetti temporali, ma una maggiore prudenza non sarebbe guastata, anche perché nulla esclude che il *legislatore costituzionale* – come del resto avvenuto in passato (v. la già ricordata l. cost. n. 2/1967) – decida di smentire il punto di vista di Palazzo della Consulta, revisionando pesantemente l'art. 136 e normando “a modo suo” gli effetti temporali delle pronunce costituzionali. Ma – al di là di tali questioni di principio – va detto soprattutto che purtroppo le decisioni manipolative nel tempo non sempre risolvono i problemi degli operatori pratici, a cominciare dai giudici, poiché li lasciano nell'incertezza – la legge è, o non è, incostituzionale? – proprio per l'equivocità/ambiguità della risposta fornita dalla Corte: non lo è ancora, può diventarlo, lo è già ma non lo dico, lo sarà se il legislatore non fa quel che dico, lo è solo da quando lo dico io, ecc.

8. L'applicazione *combinata* di tecniche diverse: le c.d. «sentenze miste» e “a dispositivo multiplo”

Come già accennato (cfr. § 2) – al di là dell'astratta *tecnica* decisoria adottata – quello che conta davvero è il concreto *effetto* giuridico realmente prodotto dalla decisione.

In questo senso, se è facile intuire che un effetto *riduttivo* può derivare da una semplice sentenza di accoglimento, meno intuibile (ma parimenti vero) è che da una semplice decisione di accoglimento, *formalmente demolitoria*, paradossalmente possa derivare anche un effetto *additivo*: per esempio quando la semplice caducazione della norma fa venir meno una causa ostativa (*ex multis*: sentt. nn. 334/1994 e 1/1998). Non mancano, insomma, pronunce *riduttive* con effetti “additivi”, o portata *estensiva*: «*nella parte in cui fa divieto*» (n. 161/2005); «*nella parte in cui subordina*» (n. 266/2005); «*nella parte in cui esclude*» (nn. 26-178-320/2007, 85/2008).

Né può ignorarsi che decisioni formalmente *additive*, che ordinariamente “estendono” gli effetti di una disciplina, possono invece dar vita ad effetti “restrittivi”: per esempio quando estendono una clausola di esclusione o viceversa. Si pensi al caso emblematico delle formule che seguono: «Nella parte in cui: “*non prevede che non possa partecipare*” (n. 290/1998), “*non estende il divieto*” (n. 376/2000), “*non esclude*” (nn. 43/1997 e 403/2000, 145-199-444/2005, 119-191-396/2006, 12-89/2007, 173/2009, 2/2010 e 223/2012), “*non prevede che sia esentato*” [...] “*non fa salva un'eccezione*” (nn. 265/2010, 164/2011, 198/2010, 217/2011, 57/2013), “*non prevede che non siano riportate*” (n. 179/2020)»⁴³.

Come si diceva, dunque – per capire davvero – bisogna guardare, ossia tener conto, non della *forma*, ma dell'*effetto* della decisione.

Insomma, il giudice *a quo* può chiedere un'*additiva* e la Corte può rispondere con una *riduttiva* che ha lo stesso effetto (cfr. nn. 149/2003, 271/2005) o, viceversa, il giudice *a quo* può chiedere una *riduttiva* e la Corte rispondere con un'*additiva* con eguale effetto. Dunque, a

⁴³ Così A. RUGGERI - A. SPADARO, *op.cit.*, 215. *Infra*, al solito, ulteriori dati e approfondimenti.

ben vedere – se guardiamo non alla formale *tecnica* usata, ma agli *effetti* concreti delle pronunce – probabilmente “tutte” le tecniche decisorie della Corte, anche le semplici sentenze di accoglimento parziale, possono essere considerate *manipolatorie*, indipendentemente dalla loro formale natura.

Può, quindi, anche parlarsi di una certa *fungibilità* delle tecniche adottate ed adottabili dalla Corte.

Esistono poi ormai diversi casi in cui, nella stessa decisione – dispositivo e/o motivazione – si “combinano” più tecniche manipolative degli effetti, nello spazio e nel tempo. Tali pronunce, sempre più diffuse, per l’eclettismo che le caratterizza potrebbero dirsi «a dispositivo multiplo», quando si limitano a *cumulare* più effetti (v., per es., n. 232/2009, che ha ben 42 capi di dispositivo: “dichiara”, “dichiara”, “dichiara”, ecc.!) o «miste», quando addirittura *mescolano* tecniche ed effetti. Per es.: additive di principio ma *anche* di garanzia (diritti di libertà classici) e/o di prestazione (diritti sociali) (nn. 284/1995, 26-32/1999); *per un verso* caducatorie secche, *per un altro* additive semplici e *in parte* additive di principio (nn. 43-160/1997); di illegittimità consequenziale e *insieme* sostitutive (n. 450/2000); persino additive («nella parte in cui non prevede») e *nello stesso tempo* riduttive («nella parte in cui prevede») (n. 319/2000); nel 2001, nn: 145 (interpretativa + riduttiva), 466 (incostituzionalità accertata ma non dichiarata + additiva di principio); nel 2003, n. 227 (riduttiva + additiva); nel 2007, n. 77 (additiva di principio + monito al legislatore); nel 2008, n. 130 (riduttiva + interpretativa di accoglimento) e n. 219 (riduttiva + interpretativa), 78 (interpretativa ma sostanzialmente riduttiva) 305 (interpretativa ma sostanzialmente additiva); nel 2009, n. 340 (di accoglimento generale, salvo un frammento eccezionale: «esclusa la proposizione iniziale...»); nn. 120/2018 e 20/2019 (sostitutive + monito); n. 246/2019 (sostitutiva + incostituzionalità differita); nn. 32/2020 (interpretativa di accoglimento + additiva) e 152/2020 (sostitutiva ad effetto soltanto *ex tunc*), ecc.⁴⁴.

La valutazione delle decisioni da ultimo ricordate andrebbe fatta caso per caso, cosa qui impossibile. In ogni caso, la facoltà di “combinare” tecniche decisorie diverse insieme al fatto che non sempre la Corte è rigorosamente coerente con sé stessa, accresce di molto (e discutibilmente) il potere del Giudice delle leggi. Per esempio, ora la Corte si ispira a prudenza finanziaria (n. 10/2015, c.d. sentenza Cartabia), ora ma nello stesso anno, invece, incide pesantemente sul bilancio dello Stato, mettendo a rischio i vincoli di bilancio imposti dall’UE e dagli artt. 81 e 97 Cost. (n. 70/2015, c.d. sentenza Sciarra). La possibilità di cambiare idea, e quindi una certa incoerenza di orientamento, più l’effetto “combinato” di manipolazioni nel tempo e nello spazio, usando spesso il *passepartout* della ragionevolezza e le più svariate tecniche decisorie – addirittura azzerando la naturale retroattività degli effetti delle pronunzie costituzionali, con ciò derogando alla stessa incidentalità del processo costituzionale (cfr. ancora le nn. 1/2014 e 10-178/2015) – permette al Giudice delle leggi una capacità di manovra

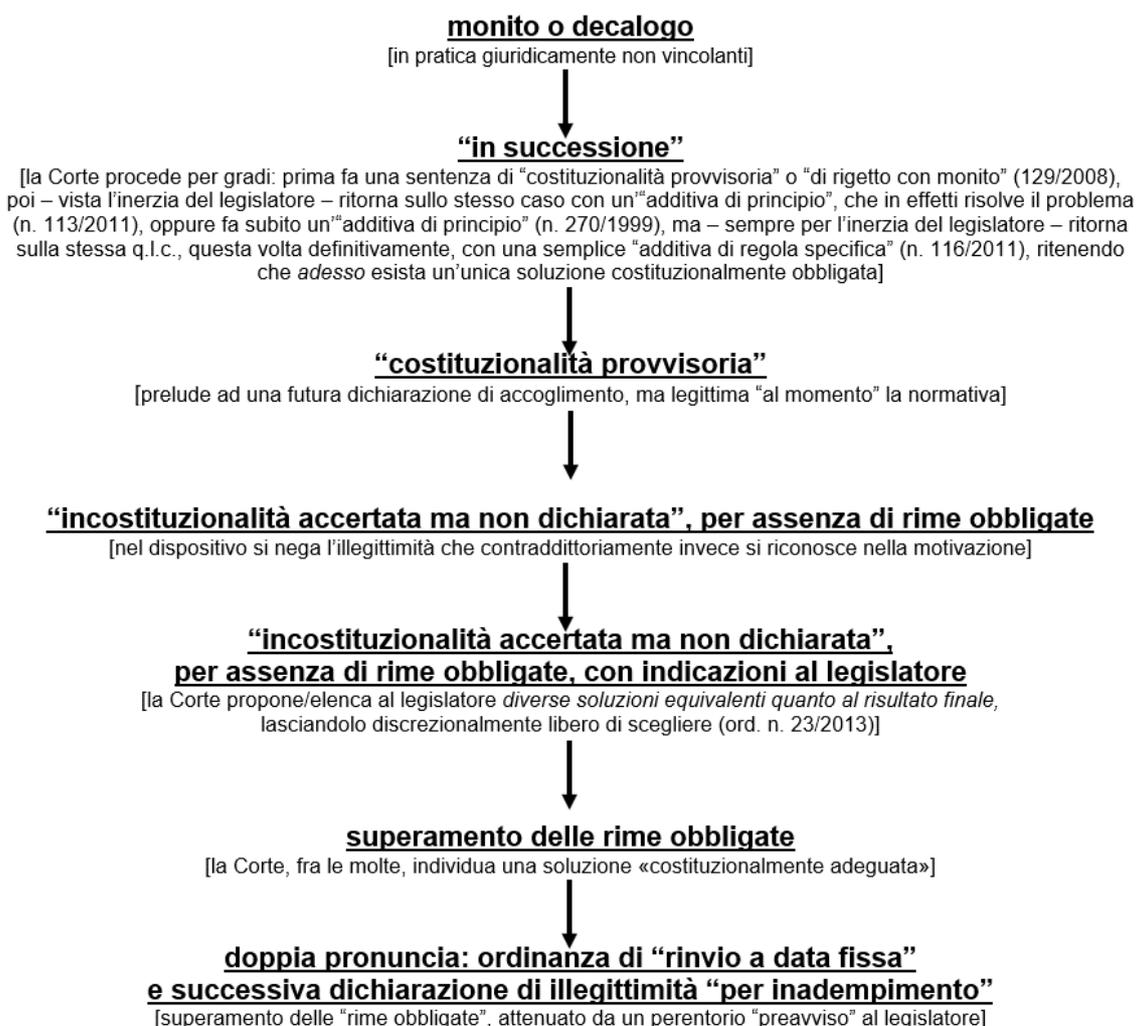
⁴⁴ Una disamina più dettagliata sempre in A. RUGGERI - A. SPADARO, *op.cit.*, 217, ma v. soprattutto l’efficace ed originale impostazione proposta da C. PANZERA, spec. in *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli ESI, 2013, cui si deve la distinzione fra decisioni miste e a dispositivo multiplo (*infra*, di particolare utilità, lo schema riassuntivo a pag. 285). Il riconoscimento della tipologia qui indicata trova seguito in dottrina: cfr., per es., anche F. DAL CANTO-E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in AA. VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Torino 2008, 287 ss.

e dunque un tasso di discrezionalità (nel duplice senso ora *self restraint*, ora di *self activism*) ormai amplissimo.

9. La fase più recente ed estrema del *judicial activism* della Corte, fra pseudo-decisioni processuali (“ordinanza di rinvio a data fissa”) e reali decisioni di merito (oltre le c.d. “rime obbligate”)

La Corte ha eroso il principio di discrezionalità del legislatore lentamente, gradualmente, talvolta anche caoticamente, ma sempre con progressiva determinazione, in una sorta di “crescendo” – da non leggere necessariamente in senso strettamente cronologico – che può essere riassunto con lo schema che segue:

PROGRESSIVA EVOLUZIONE DELLE PRONUNCE COSTITUZIONALI



In assenza di “rime obbligate”, ossia in assenza della certezza che esista soltanto un’*“unica norma” in grado di sanare il vizio di costituzionalità*, nessuna delle numerose tecniche decisorie fin qui velocemente descritte – salvo le ultime due, che appunto in questo § si esamineranno – per quanto assai incisive, ha avuto davvero la forza di imporsi sul legislatore: o obbligando quest’ultimo a porre rimedio al *vulnus* costituzionale, o permettendo alla Corte di *sostituirsi* alla volontà, *rectius*: alla “discrezionalità”, del Parlamento. Fermo restando che – esistendo il sindacato di ragionevolezza costituzionale – anche la discrezionalità del legislatore non è mai veramente assoluta, il Parlamento, però, ha sempre mantenuto l’ultima parola in ordine alla libera scelta di politica legislativa ritenuta – a suo insindacabile giudizio – “più idonea”, fra le molte possibili, per attuare, di volta in volta, il sistema dei valori costituzionali. Quindi, anche di fronte all’inerzia proditoriamente protratta dal Parlamento, il “Giudice della legge” doveva fermarsi sul ciglio della soluzione, lasciandone la determinazione concreta al “Produttore della legge”, per limitarsi – tutt’al più e quando possibile – a indicare soltanto generici *principi*, in breve ad indicare una strada che, però, mai egli avrebbe percorso, essendo riservata in via esclusiva al legislatore. Infatti, sempre e soltanto quest’ultimo avrebbe – *fra le molte possibili* – scelto/stabilito/deciso/creato, con effetti *erga omnes*, la norma mancante. Insomma, in assenza di “rime obbligate”, la Corte poteva dichiarare insindacabilmente il vizio e suggerire implicitamente (decisione-monito), o esplicitamente (additiva di principio) il “filone normativo” entro cui trovare la soluzione, senza mai, però, indicarla e imporla in concreto.

Questa regola non scritta segnava il confine apparentemente invalicabile fra i due organi costituzionali il cui mancato rispetto sarebbe equivalso alla violazione di un vero e proprio “tabù”, che avrebbe reso i precedenti contrasti delle semplici scaramucce.

Com’è noto, il tabù è stato clamorosamente infranto dalla Corte a piccoli, ma decisi, passi – forse sarebbe meglio dire: a saltelli – già da metà degli anni Novanta del secolo scorso, quando ha deciso di fissare lei stessa “la” norma mancante, fra le molte possibili, a seguito di semplici *moniti* rivolti al legislatore rimasti inascoltati: cfr. sentt. nn. 111-235/1996, 179/2007, 132/2012, 207/2017.

Poiché una delle debolezze della nostra Corte costituzionale è che essa, quando cambia idea su una questione già affrontata (*l’overruling* degli ordinamenti di *common law*), non “rinnega” però mai la propria giurisprudenza, cui anzi con una certa sfacciataggine ipocrita cerca di richiamarsi, purtroppo il nostro tribunale costituzionale non si è sempre espresso in merito con inequivoca, coerente, trasparente e definitiva chiarezza. Infatti la Corte *continua* a dire che esistono «scelte – non costituzionalmente obbligate – affidate alla discrezionalità legislativa» (n. 82/1994) e riconosce che il legislatore ha quindi il pieno diritto di optare fra diverse soluzioni, lasciando chiaramente intendere che tale *riconoscimento* significhi *esclusività* dei poteri legislativi parlamentari. E, del resto, non si vede che senso avrebbe sottrarsi al giudizio e *riconoscere* un’altrui competenza, se non ammettere anche l’*esclusività* dell’altrui competenza. Di conseguenza ha *continuato*, diverse volte e fino ai nostri giorni, a sottrarsi al giudizio con decisioni processuali, magari con monito, ma sempre di inammissibilità per “assenza di rime obbligate” e “rispetto della discrezionalità del legislatore” (cfr., da ultimo, *ex multis*: nn.

122/2020, 109/2021, 22-96-176-177-180-183-202-203-214/2022)⁴⁵, soprattutto quando viene richiesta di dar vita a pronunce additive⁴⁶. Contemporaneamente – e sottolineo *contemporaneamente* – però, la Corte si dice «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» (cfr. sentt. nn. 224/2020, 34-63/2021, 62/2022). E ciò vale anche nella delicatissima materia penale, quando l'assenza di una soluzione normativa *unica* per colmare la lacuna legislativa (incostituzionale) non le impedisce di introdurre *una* fra le soluzioni normative esistenti, la «meno distante» dalla logica del sistema, da applicare immediatamente per rimediare al *vulnus* di costituzionalità e senza pregiudizio per la diversa (purché non costituzionalmente illegittima) eventuale scelta futura del legislatore: cfr. sentt. nn. 236/2016, 41-222-233/2018, 40-99/2019, 113-224-156-252/2020, 59/2021⁴⁷.

Ovviamente non sono mancate molte e severe critiche⁴⁸, talvolta addirittura inutilmente provocatorie⁴⁹, a fronte di invero non molte letture clementi sul nuovo indirizzo giurisprudenziale⁵⁰. Per altro, il passaggio dalla unidirezionale soluzione «costituzionalmente obbligata» (*judicial self restraint*) ad «una» invece soltanto «costituzionalmente adeguata» (*judicial self activism*) nasce spesso dall'esigenza prioritaria di garantire il principio di uguaglianza coperto

⁴⁵ Oltre quelle indicate, le decisioni che riconoscono il vasto campo lasciato alla «discrezionalità del legislatore» sono davvero continue e moltissime. Cfr., per es., nn.: 161/2004, 109-260/2005, 9-299-380-432/2006, 112-199-393/2007, 4-16-17-64-274-336/2011, 36-134-138-208-240-255-301/2012, 87-156-176-190-203/2013, 31-148/2017, 152-254/2020, 185/2021. Permangono sempre pure le decisioni di inammissibilità per discrezionalità del legislatore «con monito». Cfr. nn.: 151-240/2021, 100-203/2022.

⁴⁶ Cfr., per es., nn.: 175-382/2004, 273-470/2005, 61-223-437/2006, 164-347-407/2007, 240-251/2008, 166-233/2017, 45/2018, 60-219/2019, 21-47-153/2020, 17-32-33-62-146-194/2021.

⁴⁷ *Incidenter* segnalano anche, per i pesanti rilievi fatti dalla Corte, la n. 49/2021 di rigetto (n. 10: « Il giudizio qui reso non cancella i gravi profili disfunzionali della prassi legislativa [...] Ciò è fonte di incertezza nelle attività e nelle prospettive degli operatori e rende auspicabile, anche a tutela della concorrenza, l'approdo a un quadro normativo in tutti i suoi aspetti definito e stabile») e la n. 117/2021 di rigetto e inammissibilità (n. 7.2: «il rapido e significativo incremento dei valori edittali dei reati contro il patrimonio [...] richiede perciò attenta considerazione da parte del legislatore, alla luce di una valutazione, complessiva e comparativa, dei beni giuridici tutelati dal diritto penale e del livello di protezione loro assicurato»).

⁴⁸ Per tutti: più in generale M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, n. 2/2006, 1643 ss.; E. LAMARQUE, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2/2008, spec. 275 ss., ma v. *passim*; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss.; ID., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it.*, 12/2021, 170 ss.; ID., *Finale di partita. Cosa davvero vuole la Corte cost. con l'ord. n. 97/2021 sull'ergastolo ostativo*, in *Consulta online*, 11/2021, 388 ss.; A. RUGGERI, *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in www.dirittifondamentali.it, 1/2021, spec. 473 ss.; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it.*, n. 3/2021, 86 ss. Si tratta davvero solo di un florilegio di una bibliografia ben più ricca, per la quale rinvio ad A. RUGGERI - A. SPADARO, *op.cit.*, 214 e 283, ma v. pure 228, 230, 282 s. e *passim*, da cui sono tratte anche alcune delle osservazioni presenti nel testo.

⁴⁹ Cfr. P. GIOCOLI NACCI, *“Incostituzionalità” della Corte costituzionale*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, II, Cacucci editore Bari, 2012, 1265 ss.

⁵⁰ Per tutti: M. BIGNAMI, *Brevi osservazioni sulla nozione di additività nelle decisioni della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1996, 1243; S. CASSESE, *Dentro la corte*, cit., 21; G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Quest. giust.*, n. 4/2020, 24 ss.; M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. soc.*, 1/2020, 53 ss. e ID., *Oltre le ‘rime obbligate’?*, in *Federalismi.it.*, 3/2021, 54 ss.; 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, University Press, Palermo, 2022, 64 ma v. *passim*.

da un *tertium comparationis*, che opportunamente il giudice *a quo* dovrà richiamare nella motivazione della non manifesta infondatezza⁵¹.

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”⁵², ossia indicando la “norma” che pone rimedio al *vulnus*, ancorchè 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 permettendo di far decidere a lei stessa *quale* sia la norma mancante;
- b) il controllo della Corte sulla discrezionalità è talmente incisivo e penetrante che essa *crea* la norma mancante, presumendo e pretendendo di inserirsi «nel tessuto normativo coerentemente con la (stessa) logica perseguita dal legislatore» (cfr. già citate sentt. nn. 224/2020, 34-63/2021, 62/2022);
- c) nel momento in cui la Corte rimedia al *vulnus* creando la norma mancante – qualificandola come la “meno distante” dalla logica del sistema – di fatto almeno un po' vincola il legislatore, certo libero di pervenire ad altra soluzione normativa, ma psicologicamente invitato ad adeguarvisi concretamente, visto che qualunque “altra” norma individuata potrebbe essere meno compatibile con la logica del sistema (e comunque tale, forse, apparirebbe alla Corte).

Forse la massima espansione delle facoltà del nostro tribunale costituzionale si è raggiunta, però, con un'altra tecnica decisoria, più avanzata e apparentemente volta invece a mitigare gli effetti *tranchant* del superamento delle rime obbligate, in apparenza auto-contenendo i poteri della Corte e aumentando le *chances* a disposizione del legislatore. Si potrebbe parlare di un superamento delle “rime obbligate”, attenuato da una sorta di perentorio “preavviso” al legislatore. Infatti, ad un certo momento il Giudice delle leggi si è pronunciato con un tipo di decisione formalmente, e apparentemente, di natura solo processuale, ma forse sarebbe meglio dire *pseudo-processuale* in quanto prodromica in modo vincolante ad una successiva decisione di merito sicuramente invasiva della discrezionalità del legislatore. Mi riferisco, ovviamente, alle “ordinanze di rinvio a data fissa” della trattazione della causa, cui sono seguite, alla scadenza del termine, secche “declaratorie di illegittimità” con indicazione puntuale della *norma mancante*, sempre che il legislatore non intervenga. Si noti bene: la Corte

⁵¹ Cfr. A. RAUTI, *L'eguaglianza fra stranieri: prove per un test*, in AA.VV., *Attualità di diritto pubblico*, I, a cura di C. Panzera e A. Rauti, Napoli, ES, 2021, spec. 89 ss. Invero, nel caso del *tertium* il tasso di creatività è molto ridotto in quanto la Corte trae la norma “adeguata” da aggiungere da scelte operate dal legislatore nel medesimo macro-settore.

⁵² Per quest'ultima formula, v. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna Bononia University Press, 2020, 101 ss. Sull'uso del termine “rime possibili”, una ricca bibliografia si trova in A. RUGGERI, *Verso un assetto viepiù “sregolato” dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, in *dirittifondamentali.it*, n.3/2022, 416, nt. 16.

indica non “la” norma mancante, ossia quella «logicamente necessitata» (inesistente), ma “una” di quelle possibili, liberamente scelta dalla Corte stessa (sulla base dei dati disponibili: per es. l. n. 219/2017, pareri dei Comitati etici, ecc.): cfr. ordd. nn. 207/2018 (seguita dalla sent. n. 242/2019, caso Cappato)⁵³, 132/2020 (seguita dalla sent. n. 150/2021, diffamazione giornalisti) e 97/2021 (primo rinvio), 122/2022 (secondo rinvio di sei mesi) e 227/2022 (ord. di restituzione agli atti per *ius superveniens*, ergastolo ostativo)⁵⁴. Tranne nell’ultimo caso indicato, dove la soluzione trovata prima dal Governo (decreto legge) e poi dal Parlamento (legge di conversione) sembra, *per ora*, aver soddisfatto/acquietato la Corte, quest’ultima di solito interviene *sostituendosi* al Parlamento. Non a torto si è parlato di “doppia pronuncia”, ma forse potrebbe anche dirsi che siamo di fronte, insomma, ad un’ennesima, e assai incisiva, tecnica decisoria “combinata” fra due diversi tipi di pronunce⁵⁵ o, se si vuole, ad un’unica decisione articolata in due tempi, un primo tempo certo (*ordinanza* “processuale” di rinvio) e un secondo tempo solo eventuale, ma in realtà probabile (*sentenza* “di merito” additiva di accoglimento).

Ancora una volta emerge la rilevanza di decisioni formalmente processuali, ma sostanzialmente di merito, dunque *pseudo-processuali*: cos’altro è, in fondo, un’ordinanza dove si “prospetta” inequivocabilmente l’incostituzionalità e si minaccia l’esercizio, a breve, di un potere sostitutivo? In tal modo Palazzo della Consulta, mostrando decisamente i muscoli, deroga a due pressocchè innocue sue prassi precedenti: quella di invitare il Parlamento a legiferare genericamente “presto” e quella di guardarsi bene dal “sostituirsì” all’organo legislativo. Con un sol colpo, *uno actu*, la Corte risponde anche a due reiterati e discutibili atteggiamenti del Parlamento: l’ignavia temporale (“campa cavallo che l’erba cresce”) e il sistematico immobilismo (nella presunzione del “dogma” della perenne insostituibilità del potere legislativo)⁵⁶.

Il meccanismo della “doppia pronuncia” non va considerato alla stregua di un ricatto della Corte al legislatore, visto che – come ricordava il Presidente Lattanzi nella Relazione annuale del 2019 – l’incostituzionalità non è vagamente ipotizzata, ma chiaramente “prospettata” e solo congelata in attesa di un intervento legislativo che rimedi al *vulnus* costituzionale. Infatti la Corte – che in astratto, avendo già superato il limite delle rime obbligate, potrebbe dichiarare “subito” l’illegittimità della normativa creando “subito” la norma mancante – *non sembra voler pregiudizialmente invadere il campo del Parlamento*. Lascia invece che sia tale organo – seppur in un arco temporale rigidamente determinato – ad intervenire e decidere

⁵³ Sul punto v’è molta letteratura, ma la questione riguarda il più generale problema della vulnerabilità: cfr. P. SCARLATTI, *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli, ES, 2022, spec. 119 ss.

⁵⁴ Un caso a sé e l’ord. n. 18/2021, dove la Corte riconosce una palese incostituzionalità – che il legislatore, più volte invitato, mai ha risolto – e preferisce sollevare q.l.c. di fronte a sé stessa. Sul punto, per tutti, cfr. L. SANTORO, *L’attribuzione del cognome ai figli: dalla discrezionalità del legislatore... alla discrezionalità dei genitori (considerazioni controcorrente a partire dalla ord. n. 18/2021 della Corte costituzionale)*, in *Consulta online*, fasc. II/2021 467 ss.]. Qui la Corte decide, sì, in due tempi (cfr. sent. n. 132/2022), ma il dispositivo adottato è comunque formalmente diverso. In quest’ipotesi non v’è un tempo definito predeterminato dalla Corte, come accade invece nel rinvio a data fissa.

⁵⁵ Cfr., fra i molti, spec.: C. PANZERA, *L’ordinanza “una e trina”*, in *www.forumcostituzionale.it*, 7.06.2019; Id., *Esercizio sussidiario dei poteri processuali e discrezionalità legislativa nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 3/2020, V, 127 ss.; ma v. pure C. SALAZAR, «*Morire sì, non essere aggrediti dalla morte*». *Considerazioni sull’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 567 ss.

⁵⁶ In genere, per ulteriori indicazioni sulla ricca dottrina su questa recente tipologia di decisioni cfr. sempre A. RUGGERI - A. SPADARO, *op.cit.*, 174, 183, 200, 205, 227 s.

quale, fra le molte possibili, sia la norma più idonea a riparare al danno. Di più: 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, in quanto, come si ricordava, 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 protetto⁵⁷.

Se quelli testé indicati sono tutti argomenti positivi da tener in conto, non possono sottracersi però le non poche perplessità che questa arditissima tecnica decisoria suscita. Ne segnalò, in particolare, cinque:

- a) il giorno della trattazione della causa indicato nel "rinvio a data fissa" è determinato del tutto discrezionalmente dalla Corte e, quindi, sembra un *diktat* temporale (potenzialmente arbitrario) imposto al legislatore, posto che il termine indicato non è semplicemente ordinativo ma perentorio, pena (non la probabilità, ma) la certezza che calerà la severa "mannaia" dell'intervento sostitutivo del Giudice delle leggi;
- b) la declaratoria di illegittimità, di fatto preannunciata nell'ordinanza di "rinvio a data fissa", appare come una sorta di sanzione per l'"inadempimento" del legislatore, dando l'impressione di una condizione di sostanziale subordinazione di quest'ultimo, chiamato a dare esecuzione, certo con alcuni margini di libertà, a una decisione in fondo già presa dalla Corte. Il sistema previsto amplifica forse troppo la natura dialettica della relazione fra due principi giuridici contemporaneamente previsti dal nostro ordinamento: quello di *superiorità* costituzionale (che diventa assoluto solo nel caso dei c.d. "principi supremi") e quello di *supremazia* parlamentare (che è relativo, anche se traduce in concreto il concetto di *sovranità* popolare, a maggior ragione se la forma di governo è, appunto, parlamentare);
- c) l'iniziale sospensione del processo costituzionale ed il congelamento dell'incostituzionalità pur chiaramente "prospettata", in attesa dell'intervento del legislatore o della sentenza definitiva della Corte, a ben vedere non risolve il problema, ma semplicemente lo "rinvia", generando un effetto anomalo: alcuni operatori pratici (giudici, P.A. e cittadini), formalmente ancora vigendo la disciplina, continueranno a farne uso, mentre altri, comprensibilmente indotti dall'ordinanza di rinvio, saranno

⁵⁷ In realtà – analogamente a quanto accade nel caso di "nuova" legge-cornice statale che contiene norme di dettaglio (ordinariamente di competenza regionale, dunque *cedevoli*) – in questo caso dovrebbe parlarsi, forse più che di "abrogazione" in senso stretto da parte del legislatore, di semplice "cedevolezza" della sentenza costituzionale.

indotti a non applicare/eseguire/obbedire a la norma impugnata di dubbia legittimità: ne discende un'inevitabile stato di incertezza giuridica sulla complessiva normativa formalmente ancora vigente;

- d) indipendentemente dalle buone intenzioni che lo animano, il meccanismo della “doppia pronuncia” paradossalmente rischia di favorire la latitanza del Parlamento, consentendo talvolta che vengano “tolte le castagne dal fuoco” a un legislatore passivo e negligente. Quest'ultimo – guardandosi bene dall'assumersi la responsabilità di una concreta iniziativa legislativa, a maggior ragione quando potenzialmente impopolare o comunque controversa – ben volentieri lascerà che invece sia la Corte a prenderla e magari, furbescamente, criticherà pure la Consulta per aver essa imposto un vincolo temporale stretto. In questi casi, non infrequenti, il Parlamento pavidamente imputa alla Corte la decisione, inchinandosi ipocritamente in modo più o meno recalcitrante ad essa, senza in realtà aver mai, neanche minimamente, pensato di cambiare la disciplina;
- e) mancando una precisa normativa *di rango costituzionale* che correttamente disciplini in modo certo ed esplicito i poteri “sostitutivi” della Corte – i quali, al momento, sono invece frutto esclusivo della fantasia creativa dei giudici costituzionali – è comprensibile che tali poteri suscitino perplessità e giustifichino i dubbi di chi teme venga violato il principio di separazione fra i poteri dello Stato.

Se si tiene conto del complesso dei rilievi negativi ora espressi, 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. La Corte, più in generale, deve auto-limitarsi razionalizzando in via regolamentare “tutte” le sue tecniche decisorie (cfr. § 11) e, in particolare, porre precise condizioni alla praticabilità della tecnica specifica della “doppia pronuncia”. Come s'è visto, il nostro tribunale lascia intendere di poter esprimersi *oltre* le “rime obbligate” – sostituendosi al legislatore – quando si trova di fronte a una colossale, *manifesta* irragionevolezza della disciplina impugnata⁵⁸. Condizione questa certo necessaria ma, a mio avviso, non sufficiente, se si vuol conservare un barlume di separazione fra i poteri. Parimenti, nemmeno basta la sola esistenza di un precedente “monito”. Dunque, ipotizzo che la Corte possa ragionevolmente “sostituirsi” al legislatore con una decisione «costituzionalmente adeguata» soltanto ove sussistano le seguenti 4 condizioni minime indispensabili:

- 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”

⁵⁸ Rimane, per altro, l'evidente difficoltà di distinguere la “semplice” irragionevolezza dalla “manifesta” irragionevolezza. Sul punto, fra gli altri, v. spec. A. RAUTI, *La Corte costituzionale e il legislatore. Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali*, in *Consulta online*, n. 2/2017, 229 e A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronunzia sull'Italicum*, in *Lo Stato*, n. 8/2017, 300.

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)⁵⁹;

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 evitare⁶⁰.

A mio avviso, l'uso dell'ardita e aggressiva tecnica della “doppia pronuncia” può essere considerato uno strumento accettabile esclusivamente se sussistono le quattro rigorose “condizioni” qui prospettate, che andrebbero preventivamente riconosciute dalla Corte (attraverso un'esplicita disciplina di auto-limitazione) e la cui esistenza/inesistenza naturalmente andrebbe sempre argomentata in maniera approfondita e specifica dal Giudice delle leggi.

⁵⁹ Al di là delle ulteriori condizioni minime indispensabili qui proposte, i segnali che questa possa essere la prassi gradualistica verso cui si avvia la Corte purtroppo non sono ancora sufficienti. Infatti, nelle recenti ordinanze cost. nn. 180 e 183/2022, il Giudice delle leggi attesta l'“illegittimità”, riconosce l'inesistenza di una norma “costituzionalmente obbligata” e si limita a pronunciarsi con un semplice “monito”, accompagnato dalle seguenti parole: «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». Insomma – anche sorvolando sulle altre condizioni necessarie – in questi casi manca il passaggio intermedio dell'ordinanza “a data fissa” che renderebbe meno aggressivo (giustificandolo), poi, l'intervento additivo della Corte. Per una lettura critica di queste decisioni, v. R. PINARDI, *Moniti al legislatore e poteri della Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, n. 3/2022 (13 settembre 2022).

⁶⁰ Pur non indicando le altre puntuali condizioni qui richiamate, di “particolare gravità del *vulnus*” giustamente parla A. RUGGERI, *Verso un assetto viepiù “sregolato” dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, cit., 422. Meno comprensibili, almeno per me, sono invece altre tesi sostenute dall'Autore. Infatti, da un lato, Questi critica severamente l'iperattivismo della Corte, la quale «considera appagante l'intervento del legislatore unicamente laddove si dimostri conforme alle indicazioni da essa somministrate, sovente somiglianti ai “principi e criteri direttivi” delle deleghe legislative» (p. 415, nt. 13), ma – da un altro lato – non esita a richiedere alla Corte, testualmente, proprio di «stabilire un pugno essenziale di principi o criteri ai quali far capo da parte degli operatori tutti (e, dunque, della stessa Corte) laddove si reputi necessaria ed urgente una produzione normativa discrezionalmente forgiata per via pretoria» (p. 421). Ma, delle due, l'una: o la Corte sbaglia a dare principi e criteri direttivi al legislatore o invece sbaglia chi chiede alla Corte di fornire proprio tali principi e criteri direttivi. A differenza del processo di razionalizzazione attraverso la ben precisa e limitata *auto-normazione* qui proposta (4 condizioni), temo invece che siffatta, generica richiesta dell'A. – essendo rivolta non solo *ab intra*, ossia dalla Corte a se stessa in forma di auto-disciplina, ma addirittura *ad extra*, ossia da parte della Corte anche verso gli altri operatori giuridici – vada incontro a facili critiche di alterazioni del rapporto fra i poteri dello Stato, di cui per altro l'A. *sembra* pure consapevole. Non si comprende, insomma, come la Corte possa fissare «principi e criteri direttivi» cui (non solo se stessa ma) anche gli altri poteri dello Stato dovrebbero soggiacere, per di più ove sia... «necessaria ed urgente una produzione normativa discrezionalmente forgiata per via pretoria». Se ho ben inteso, in tal modo Palazzo della Consulta non solo si auto-limiterebbe, come qui si propone, ma pretenderebbe addirittura di “fissare i paletti” che gli altri poteri dovrebbero rispettare proprio quando essa si ritenga costretta ad intervenire in via pretoria, dunque proprio in via sostitutiva degli altri poteri.

10. Prime conclusioni: il chiaro e definitivo superamento dei limiti posti dall'art. 28, l. n. 87/1953. Il confine, sempre più labile, fra *merito* e *legittimità*...

Provo a trarre alcune prime conclusioni dopo questa articolata, ma veloce, “scorribanda” sulle tecniche decisorie della Corte costituzionale italiana.

Naturalmente, come ricordato all'inizio, 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, le cui pronunce, non di rado assunte all'unanimità dal collegio, spesso sono sagge e risultano *efficaci* nel loro intento di “pulizia costituzionale” dell'ordinamento. Purtroppo, però, la ricostruzione qui svolta conferma pure una 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.

Invero, talvolta incerti non sono solo i “mezzi” usati, ma anche gli “scopi” perseguiti dal Giudice delle leggi. E ovviamente i due fenomeni si mescolano, con esiti assai diversi. Infatti, come in altra sede ho segnalato⁶¹, è difficile negare – nei casi di *self-restraint* – ora un uso ermeneuticamente corretto, per es. in materia di unioni civili (sent. n. 138/2010), ora un uso forse troppo prudente, per es. in materia di bioetica (nn. 111/1968, 273/2015, 84/2016); e, così pure – nei casi di *judicial activism* – ora un uso coraggioso seppur controverso, per es. per evitare zone d'ombra del sindacato costituzionale (nn. 1/2014 e 35/2017), ora invece un uso probabilmente temerario, per es. nel ricordato tentativo, senza limiti predefiniti, di superare le rime obbligate (nn. 236/2016, 41-222-233/2018, 40-99/2019, 113-224-156-252/2020, 34-49-59-63-117/2021, 62/2022).

S'è visto che, di fronte alle continue richieste dei giudici *a quibus*, la Corte – mentre è sempre costretta a dichiarare l'inammissibilità del sindacato costituzionale per vizi strutturali di natura “formale” – resta invece sovraneamente libera di decidere cosa fare nel caso di vizi strutturali di natura “sostanziale”: si tratta, essenzialmente, di *political questions*, *problemi bioetici* e campi considerati riservati alla *discrezionalità del legislatore*, fermo restando che, a ben vedere, nell'ultimo i tre profili finiscono col coincidere (cfr. § 3). Realisticamente «in tutti e tre la Corte in pratica reputa *comunque* che una sua valutazione nel merito inevitabilmente sfoci nel politico»⁶², e – del tutto *discrezionalmente* (qualcuno potrebbe dire arbitrariamente) – ora “decide” per l'inammissibilità, ritenendo il problema di competenza esclusiva del legislatore, ora invece “decide” di occuparsene lei stessa introducendo una semplice norma «costituzionalmente adeguata», fra le molte possibili, vista l'inesistenza di una soluzione «univoca e costituzionalmente obbligata».

Ciò accade perché non sussiste più, almeno non sussiste per la parte relativa al sindacato sull'“uso del potere discrezionale” del legislatore, il tradizionale limite “formale” posto

⁶¹ Cfr. *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità*, cit., 158 ss.

⁶² *Ibidem*, 156.

dall'ambiguo e infelice art. 28 della l. n. 87/1953 che, come si sa, recita: «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». Infatti, «se è vero che la Corte non fa, non può fare, valutazioni di natura politica, dunque “di merito”, *non è vero* invece che essa abbia rinunciato, alla lettera, a un “sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento”»⁶³.

Non si tratta più di una tesi, ma ormai – piaccia o no – di una mera constatazione, per altro esplicitamente suffragata dalle parole della stessa Corte, che non esita ad intervenire per dir così *extra moenia*, ossia oltre le “rime obbligate”, con la giustificazione che si trova di fronte a «scelte palesemente arbitrarie o radicalmente ingiustificate, tali da evidenziare un uso distorto di tale discrezionalità» (così sent. n. 236/2016)⁶⁴. Un'affermazione di questa natura – se colta nel suo profondo significato e letta nella sua effettiva portata – conferma che la Corte non ha bisogno di ricorrere al traumatico meccanismo della sollevazione di fronte a sé stessa di una q.l.c. in relazione al limite di cui all'art. 28, l. n. 87/1953 (“nella parte in cui” si menziona la discrezionalità del legislatore), avendo ormai tranquillamente e bellamente aggirato *in via di prassi* tale disposizione. Ne consegue, e la giurisprudenza lo conferma, che è la Corte costituzionale a “decidere”, di volta in volta, se e quando esiste una *discrezionalità* del legislatore.

È dunque venuto il momento di vedere le pronunce costituzionali (diverse dalle caducatorie semplici) in un'altra, completamente nuova, prospettiva. Si tratta, cioè, di prendere atto che – analogamente a quanto accade nel caso di valutazione “secondo ragionevolezza” – siamo ormai dinnanzi al confronto non fra una stretta valutazione di *merito* (preclusa alla Corte) e una stretta valutazione di *legittimità* (esclusiva della Corte), ma semmai al confronto dialettico fra due diversi tipi di “discrezionalità” e quindi anche a due diversi “modi di pensare” (*denkformen*) e di argomentare: quella dei giudici di Palazzo della Consulta e quella dei membri di Montecitorio e Palazzo Madama. Naturalmente cambia la forma/procedura giuridica – legislativa in un caso, giurisdizionale nell'altro – della “decisione”, ma il fenomeno della discrezionalità resta ed è meno strano di quanto forse a taluno può sembrare, vista l'identità della materia oggetto delle due valutazioni. Infatti, «nella Carta sono formulate *scelte discrezionali (politiche) espresse in forma giuridica (principi e regole)*. È la forma (giuridica) assunta dalle scelte (politiche) dei costituenti – talora in modo indeterminato (principi), talora in modo più preciso (regole) – che ingenera l'illusione che chi se ne occupi possa, per così dire, prescindere dalla politica», sicché per l'inevitabile «doppia natura – politica e giuridica – della “giurisdizione costituzionale” [...] provocatoriamente potrebbe dirsi che la stessa *materia politica* è disciplinata non solo, in prima battuta, dal Parlamento secondo la classica forma prevista (legislativa),

⁶³ *Ibidem*, 155. Conforme: A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 169.

⁶⁴ Del resto – se è vero, come sempre ha detto la Corte (sent. n. 172/1999) – che esiste uno «spazio vuoto di diritto costituzionale», nel quale il legislatore può fare pieno uso del «proprio potere discrezionale», è pur vero che la Costituzione ispira e informa di sé tutto l'ordinamento, il quale ad essa deve conformarsi, sicché persino lo «spazio costituzionalmente vuoto» in ogni caso deve *sempre* essere conforme quantomeno al principio costituzionale di eguaglianza/ragionevolezza. In questo senso, a ragione S. CASSESE (*Dentro la corte, cit.*, 54) osserva: «in teoria, nulla è fuori di una Costituzione interpretata con intelligenza».

ma “anche”, in seconda battuta, dai tribunali costituzionali, sia pure in forma diversa (giurisdizionale) e limitatamente al parametro costituito dai valori espressi in Costituzione (per lo più principi)»⁶⁵.

Altrimenti detto: una volta *constatato* che la Corte non è più vincolata al limite dell’“uso del potere discrezionale del Parlamento” – dandosi vita ad una sorta di abrogazione tacita della seconda parte dell’art. 28, l. n.87/1953 – è inevitabile che si attenui fortemente, in alcuni casi fin quasi a svanire, anche il tradizionale e rigido schema binario *merito/legittimità*. Si noti che proprio il venir meno del limite della c.d. discrezionalità legislativa – che in pratica riasume, assorbendoli, anche gli altri vizi strutturali di natura “sostanziale” (essenzialmente *political questions e problematiche bioetiche*) – consente quindi alla Corte di intervenire, al solito quando lo ritiene “opportuno”, anche in questi campi, dove può “decidere” con una pronuncia che entra nel merito della q.l.c. (accoglimento o rigetto) o “decidere di non decidere”, esprimendosi invece con una decisione processuale di inammissibilità, paradossalmente motivata con il *formale* rispetto della c.d. discrezionalità del legislatore.

Ho usato l’aggettivo “formale” *et pour cause*. Infatti, a ben vedere i giudici costituzionali possono “decidere di non decidere” per i più svariati motivi: ora per comprensibile prudenza, ora per semplice comodità/convenienza (volendo lavarsi le mani e non affrontare un tema scottante, magari per gli effetti politici che ne discendono), ora infine – e sarebbe l’unico caso davvero accettabile – perché “effettivamente” la questione è di esclusiva spettanza del legislatore, in quanto.... *non ha reale rilievo costituzionale*. Si noti: solo quest’ultimo dovrebbe essere il “filtro” per l’accesso alla Corte e potrebbe giustificare l’attuale appannaggio di quest’ultima nella determinazione del principio di esclusività del legislatore. Tuttavia, se davvero l’obiettivo prioritario della Corte fosse quello di garantire sempre e comunque il pieno e integrale rispetto della Costituzione, visto che essa ormai è in grado di superare il limite della discrezionalità legislativa non si vede perché – per rimediare al *vulnus* costituzionale – ora *debba* intervenire (soluzione “costituzionalmente obbligata”) e ora, invece, semplicemente e a sua discrezione *possa* intervenire (soluzione “costituzionalmente adeguata”), evidentemente scegliendo, se non interviene, di rifugiarsi nella comoda decisione processuale di inammissibilità⁶⁶. Se per la Corte – in assenza di “rime obbligate” – in teoria sono *sempre* possibili soluzioni “costituzionalmente adeguate”, logicamente allora dovrebbero *sempre* esserlo anche in pratica. Ma così non è, perché solo il Giudice delle leggi – pur riconoscendo astrattamente che sono possibili soluzioni “costituzionalmente adeguate” – stabilisce poi concretamente “se”, “chi” e “quando” le può adottare.

Sia chiaro: come *retro* accennato (cfr. § 9), non si nega qui il nobile fine generale perseguito dal Giudice delle leggi (espungere le norme costituzionalmente viziate dall’ordinamento), né l’astratta legittimità dello strumento giuridico adottato (sostituzione sussidiaria), ma

⁶⁵ Mi esprimevo così nel mio *Sulla intrinseca “politicità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *federalismi.it.*, 5/2017 (8.03.2017), 6 s. e 15 ss.

⁶⁶ Sia pure nel quadro di una ben diversa impostazione e prospettiva generale, mi sembra colga quest’aspetto 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, 2 febbraio 2022, 867 ss.

restano forti perplessità sulla coerenza delle concrete modalità tecnico-giuridiche con cui tutto ciò avviene.

A conferma di quanto prima detto sull'attuale evanescenza della distinzione fra merito e legittimità, osservo che il campo dell'opzione fra le possibili "diverse" scelte di politica legislativa, volte ad eliminare un *vulnus* costituzionale, è chiaramente "di merito". Dunque, quando la Corte – senza precise regole e rigorosi limiti prefissati – decide per una soluzione "costituzionalmente adeguata", entra ampiamente, ed in fondo dichiaratamente, proprio nel merito. E, invero, ciò vale, seppur indirettamente, anche quando decide di *non* intervenire, lasciando campo libero al legislatore, l'unico in teoria legittimato ad occuparsi del merito. In questa prospettiva, il fatto che in tali casi la Corte riconosca al Parlamento la facoltà di poter "ritornare", dopo, sulla decisione normativa "costituzionalmente obbligata" da lei adottata – cosa piuttosto implausibile, vista l'autorevolezza dell'organo da cui proviene – costituisce, a mio parere, semplicemente una "toppa" messa davanti al "buco" delle disinvolute facoltà che la Corte si è auto-attribuite: insieme di riconoscere al legislatore uno spazio *discrezionale*, dunque in teoria di sua *esclusiva* competenza, e in pratica di toglierglielo a suo piacimento.

In sintesi: se è possibile una sola decisione normativa (soluzione "costituzionalmente obbligata"), allora non conta chi la prende: *naturaliter* dovrebbe essere il legislatore, ma può essere anche la Corte, pur formalmente non deputata alla produzione di norme, visto che comunque "uno" e uno soltanto può essere l'esito per eliminare il *vulnus* costituzionale. Il fatto che invece, per ovviare al *vulnus*, siano possibili "più" decisioni normative (soluzioni "costituzionalmente adeguate") significa – *in re ipsa*, per espresso riconoscimento della stessa Corte – che logicamente e automaticamente scatta il principio di riserva di discrezionalità (*id est*: esclusività) propria del legislatore. Il vertiginoso "salto logico" compiuto dalla Corte sta appunto nel fatto che essa pretende *contemporaneamente* di riconoscere il principio di "discrezionalità" legislativa, che implica l'"esclusività" dell'intervento parlamentare, e di derogarvi a suo piacimento. Dunque, 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 le quattro condizioni *retro* indicate nel § 9.

Ribadisco che quelle che sembrano – ed in parte sono – patologie della Corte spesso sono conseguenza di note e ricordate patologie del Parlamento: come già ricordato, il penetrante controllo sul potere discrezionale del Legislatore, ed in fondo sulle stesse scelte del Governo, non di rado è causato dalla debolezza intrinseca degli organi di indirizzo politico, tentati di rinviare all'infinito, quindi di sfuggire, specialmente le questioni più spinose e controverse, di frequente pretendendo che – di fronte ai drammi sociali concreti che emergono in tutta la loro virulenza (si pensi al caso dell'Ilva di Taranto) – alla fine siano i giudici a "cercare" di risolvere i problemi. Il fenomeno dello "scaricabarile" istituzionale inevitabilmente arriva, alla fine, all'organo giudiziario "di chiusura" di tutto l'ordinamento: la Corte costituzionale. Anche

per questo, da molti anni, in tanti sosteniamo che si può parlare non più solo di *auto-normazione* (parlamentare e dei Consigli regionali), ma – di fronte al crescente diritto “pretorio” – sempre più di *etero-normazione* (giurisprudenziale, della Corte costituzionale e, in alcuni casi, persino dei giudici comuni) nel nostro, come in molti altri, ordinamenti liberaldemocratici.

È pure evidente, però, che i giudici, anche quelli costituzionali, non possono sostituirsi *del tutto e sempre* agli organi di indirizzo politico, adottando provvedimenti che avrebbe dovuto prendere il Governo e/o colmando i vuoti legislativi causati dall’inerzia del Parlamento (e dei Consigli regionali). Si ritorna, così, a collocare i fenomeni qui accennati nel più ampio quadro della forma di governo e, in fondo, di Stato (cfr. § 1), che vede la funzione della Corte costituzionale progressivamente sempre più “centrale” nell’ordinamento⁶⁷.

Avevo definito la forma di governo italiana “parlamentare con supplenza presidenziale”⁶⁸. Dopo questa veloce disamina delle accresciute funzioni nel tempo della Corte, strettamente rapportate alle inefficienze di entrambi i nostri organi di indirizzo, penso che forse sarebbe meglio definirla, proprio tenendo conto della complessità del nostro sistema di pesi e contrappesi, “parlamentare con doppia supplenza”, ossia di entrambi gli organi di garanzia: Presidente della Repubblica e Corte costituzionale. Sicchè – prendendo in prestito la classica metafora della barca “a vela” che però dispone di un “motorino” per i momenti in cui il vento non spira o c’è burrasca – la nostra “barca” (*forma di governo*) ordinariamente naviga “a vela” (*parlamentare*), ma dispone anche – per i tempi di bonaccia (*inanità politica*) o di tempesta (*emergenze*) – di due “motorini” (*Presidente e Corte*), che le permettono comunque di proseguire il suo percorso senza gravi intoppi.

Proprio grazie alla presenza dei *due* motorini ricordati, il singolare sistema italiano – “forma di governo parlamentare con doppia supplenza” – nonostante le sue note imperfezioni, tutto sommato “funziona” e, a parer mio, sembra preferibile ad altri, in particolare al semi-presidenzialismo francese, oggi di moda in una parte importante della classe politica del nostro Paese. Ciò per almeno due ragioni: *a*) la *supplenza* dei due “motorini” (che, per un verso o per l’altro, incide sull’indirizzo politico del *tandem* Governo/Parlamento) ha carattere eccezionale e non ordinario; *b*) la condizione di sostanziale neutralità *super partes* sia del Capo dello Stato che della Corte costituzionale, rende quasi sempre più credibili, autorevoli (e meno contestabili nell’agone politico) gli interventi di “moderazione” e “correttivi” svolti dagli organi di garanzia⁶⁹.

Le peculiari caratteristiche della forma di governo italiana hanno comportato che proprio sulla Corte si siano scaricati buona parte dei pasticci combinati dalla classe politica e la

⁶⁷ Va in questa direzione anche il recente orientamento della Corte volto a rafforzare la “sua” funzione e dunque il *sistema accentrato* di giustizia costituzionale: basti pensare – al di là del ricordato superamento delle c.d. “rime obbligate” – al sindacato meno penetrante sull’esperimento dell’interpretazione conforme (per es.: n. 59/2021) e al deciso recupero di spazi ermeneutici rispetto alla Corte di Giustizia dell’UE (per es.: n. 44/2020).

⁶⁸ Cfr. *L’evoluzione della forma di governo italiana. Dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, editio minor, in *Quad. cost.*, n. 1/2019, 75 ss. Per l’*editio major*, v. www.forumcostituzionale.it, n. 9/2018 (17 settembre 2018).

⁶⁹ Invero la forma di governo francese ha il vantaggio di una legittimazione popolare diretta del Capo dello Stato (che però è un dato solo giuridico, potendo essere sempre smentita dai continui sondaggi) e l’esistenza di un sistema elettorale (maggioritario a doppio turno) sicuramente migliore del *rosatellum* italiano, ma presenta il grave svantaggio di una gestione “diarchica” dell’indirizzo politico che, anche a prescindere dai rischi di *cohabitation*, probabilmente in Italia favorirebbe, complicandole, le relazioni fra le litigiose forze politiche e fra le stesse istituzioni.

Consulta, in genere, non si è sottratta dall'affrontare anche le questioni più spinose: basti pensare alle leggi elettorali di dubbia costituzionalità che si sono susseguite nel tempo. Dunque – fra i poli del *judicial modesty* e del *judicial activism* – penso possa dirsi che ormai la bilancia penda decisamente verso il secondo, al punto che – almeno a tratti – la Corte italiana effettivamente è stata costretta a trasformarsi in una sorta di *Überparlament*⁷⁰, confermando per altro un fenomeno più generale, che va al di là delle peculiarità che caratterizzano il nostro ordinamento⁷¹.

Nonostante le controversie che talora suscitano in dottrina le sue pronunzie (la cui complessa tipologia è indice delle difficoltà che l'organo incontra), la situazione della Corte italiana mi sembra comunque migliore di quella di tanti altri tribunali costituzionali. Dopo quasi settant'anni di lavoro, il prestigio internazionale di cui gode la giurisprudenza costituzionale italiana rende *Palazzo della Consulta* – insieme alla *Supreme Court* americana e al *Bundesverfassungsgerichts* tedesco – uno dei tre più autorevoli, e fra i più antichi, consessi di garanzia costituzionale del mondo.

Trovo, almeno da questo punto di vista, meno avanzati:

- il *Conseil constitutionnel* che, per quanto lodevolmente molto attivo, ha una composizione anomala (per la controversa presenza “di diritto” degli ex Presidenti della Repubblica, auspicabilmente non più esercitanti la professione di avvocato: cfr. il caso di Sarkozy) e solo da pochi anni esercita anche un sindacato successivo incidentale (*question prioritaire de constitutionnalité*), per altro filtrato dalle supreme Corti (Cassazione e Consiglio di Stato);
- lo stesso *Tribunal constitucional* spagnolo, che – originariamente oberato di ricorsi di *amparo* (nel 2011: il 90% dei casi ad esso sottoposti) – ha avuto nel corso degli anni diversi problemi e rallentamenti, concludendo, per esempio, il suo giudizio sullo Statuto della Catalogna dopo ben 4 anni di lavoro;
- per non parlare della *Corte suprema inglese*, ultima arrivata, la quale, più che annullare leggi, almeno fino alla Brexit si limitava ad interpretarle e riscriverle alla luce del diritto europeo, in un sistema giudiziario inglese fatto da uomini (quasi senza donne), dove la Camera dei Lords mescolava funzioni legislative e giudiziarie, per di più pretendendo di resistere alle decisioni della Corte edu⁷².

⁷⁰ Anticipavo questa conclusione (oggi piuttosto scontata) più di vent'anni addietro, analizzando uno specifico settore legislativo in pratica quasi interamente “riscritto”, con vistosi tagli ed aggiunte, dalla Corte. Il ragionamento, però, può essere esteso a molti altri campi disciplinati dal legislatore. Cfr. *Di una Corte che non si limita ad “annullare” le leggi, ma “corregge” il legislatore e, dunque, “scrive” – ... o “riscrive” per intero – le leggi. (Il caso emblematico della giurisprudenza normativa sulle adozioni)*, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano, Giuffrè, 2000, 337 ss.

⁷¹ S. CASSESE (*Dentro la Corte, cit.*, 47 s.) universalizza il concetto: «le Corti “giuridificano” il processo di decisione politica, partecipando alla funzione normativa in modo peculiare [...] un giudice costituzionale ha, in sostanza, una funzione legislativa».

⁷² Sulle difficoltà degli “altri” tribunali costituzionali, per tutti, sempre S. CASSESE, *Dentro la Corte, cit.*, 142, 155, 158, 167, 186, 191, 203, ma v. *passim*.

11. (segue): e qualche proposta di “razionalizzazione” del sistema di giustizia costituzionale italiana

Ripensare in senso migliorativo il nostro sistema di giustizia costituzionale esige, a mio parere, la soddisfazione di esigenze “contrapposte”: da un lato sarebbe auspicabile consentire un più esteso e più facile accesso alla Corte, e dall’altro, per quanto possibile, bisognerebbe sgravarla dei troppi pesi di cui, forse improvvidamente, spesso viene caricata.

La prima istanza probabilmente esige il ricorso ad una coraggiosa revisione costituzionale che accresca il numero dei soggetti che possono rivolgersi alla Consulta, nell’interesse della più ampia copertura costituzionale dell’ordinamento, che certo sarebbe favorita da una significativa estensione dell’accesso. Non mi soffermo qui in dettaglio sul punto, altrove approfondito⁷³.

Quanto alla seconda istanza, essa è largamente determinata dal sistematico ricorso alle funzioni di supplenza della Corte, che hanno costretto quest’ultima, per cercare di risolvere vecchie e nuove violazioni della Carta, a estendere quasi fino all’inverosimile il sindacato di *ragionevolezza* e, come s’è visto, “inventarsi” *tecniche decisorie* diverse, sempre più affinate, avanzate ed aggressive. La verità è che forse abbiamo preteso troppo dalla Corte costituzionale. Del resto, «non si può chiedere a quindici uomini quello che invece si deve pretendere da quasi mille parlamentari», anzi oggi di meno: circa 600⁷⁴. In questo senso, quel che servirebbe assolutamente è un Parlamento (ed un Governo) che funzionino bene, esercitando le attività di indirizzo politico con piena assunzione delle proprie responsabilità, senza comode latitanze che costringano poi il ricorso agli organi di garanzia.

Dunque, sia la soluzione alla prima che alla seconda istanza segnalate, esigono impegnativi interventi – giuridici nel primo caso, politici nel secondo – comunque “esterni” alla Consulta, non impossibili ma certo più difficili. È però possibile, e decisamente auspicabile, un fecondo lavoro di riforma tutta “interna” al collegio dei giudici costituzionali. Ed è su questo che forse bisognerebbe ora puntare.

In particolare – per frenare gli eccessi che hanno portato la Corte ad accrescere a dismisura i suoi poteri (non da ultimo grazie alla ragnatela delle innumerevoli tecniche processuali di cui che lei stessa si è dotata) – credo a ben poco servirebbe una legge che preveda la “maggioranza qualificata” di tale collegio per poter dichiarare un’illegittimità, come pure è stato

⁷³ In merito ho espresso, piuttosto arditamente, il mio punto di vista in tempi lontani e non sospetti, quando l’idea di riforme costituzionali – spec. riguardanti la Corte – non era certo di moda. In estrema sintesi, cercando di argomentare le proposte, ipotizzavo: il ricorso degli enti locali infraregionali nei conflitti di attribuzione, costituendo attualmente una “lacuna di costruzione” del nostro ordinamento; il ricorso preventivo contro i disegni di legge da parte del Presidente della Repubblica e delle opposizioni parlamentari; l’azionabilità diretta a tutela dei diritti da parte delle minoranze (linguistiche, religiose, ecc.) e dei soggetti titolari di autonomia costituzionalmente protetta (Università, ecc.). Cfr. *La giustizia costituzionale italiana: da originario “limite” a moderno “strumento” della democrazia (pluralista). Cinque proposte*, in *Giur. It.*, 1995, Disp. 7°, Parte IV, 225 ss. Fra gli interventi possibili, forse oggi si potrebbe anche immaginare una revisione dell’art.136, II c., Cost., espungendovi la frase equivoca «ove lo ritengano necessario», per facilitare l’obbligatorietà del c.d. “seguito legislativo”, almeno sul piano dell’esame e discussione parlamentare delle sentenze c.d. “monito” e di “rinvio a data fissa”.

⁷⁴ La frase fra virgolette era, com’è noto, di G. BRANCA, *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, cit., 446.

ipotizzato⁷⁵. Invece, per rispondere concretamente alla diffusa e crescente critica di *involutione* (non semplice evoluzione) della propria giurisprudenza e soprattutto per svolgere al meglio le sue funzioni, la Corte potrebbe, senza necessariamente attendere l'intervento del legislatore:

- a) introdurre formalmente la *dissenting, e concurring, opinion*: non foss'altro, in tal modo le decisioni sarebbero scritte e "motivate" meglio, senza troppi e difficili compromessi fra posizioni discordanti, e sarebbe più agevole – senza favorire l'ipocrisia di una finta continuità nel tempo di tutte le decisioni – riconoscere con chiarezza un sempre possibile "mutamento" di giurisprudenza⁷⁶;
- b) dotarsi di una rigorosa e predefinita "auto-normazione" – *rectius*: "auto-limitazione" – della incredibile panoplia di tecniche decisorie inventate a ripetizione nel corso dei decenni, cercando di escludere dalle opzioni decisorie percorribili quelle più controverse perché di dubbia costituzionalità (si pensi alle sentenze di accoglimento ad efficacia *ex nunc* rispetto all'incidentalità). La proposta è meno ingenua di quanto forse parrebbe appunto per la pervicace resistenza manifestata dalla Corte di fronte ai tentativi *esterni*, in particolare del legislatore, di "contenerne" i poteri. Proprio ciò induce a ritenere realistica soltanto un'"auto-limitazione";
- c) riconoscere – nel quadro della più ampia razionalizzazione delle tecniche decisorie testè accennata – la necessità di osservare rigorosamente le quattro condizioni obbligatorie prima indicate per potersi "sottrarre" al limite delle c.d. rime obbligate: *gradualità* del procedimento; *eccezionalità* del contesto; *gravissime violazioni* di situazioni giuridiche costituzionalmente *fondamentali*; rischio di *danno irreversibile* (cfr. § 9).

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. Chi si accosta a tale argomento talvolta ha l'impressione di un'accozzaglia di tecniche decisorie: un insieme di precedenti (e deroghe ai precedenti) che si accumulano e si stratificano senza un assetto realmente coerente, con il grave sospetto che l'assenza di un ordine predefinito serva solo per permettere alla Corte, come già detto, di... decidere comodamente "come" decidere.

⁷⁵ Fra i molti, seppure in modo dubitativo, anche A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista online dell'AIC*, 2015. Sul punto fanno riflettere le argomentazioni portate da S. CASSESE (*Dentro la Corte*, cit., 152, 157, 159) contro la proposta di introdurre la maggioranza dei 2/3 dei giudici per dichiarare incostituzionale una legge: a) il Governo rischierebbe di indebolire se stesso, visto che sarebbe più difficile dichiarare l'illegittimità di una legge regionale; b) non cambierebbe molto perché la maggior parte delle pronunzie comunque è adottata all'unanimità; c) tale disposizione non è presente in alcun altro Paese; d) determinerebbe l'effetto di consacrare il principio di "presunzione di costituzionalità" delle leggi. A questi motivi, si aggiunge poi la considerazione decisiva che ovviamente ogni questione di *quorum* rimane tutta interna alle dinamiche "segrete" della camera di consiglio, almeno fin che non siano introdotti il *dissent* e la verbalizzazione delle sedute.

⁷⁶ Anche su questo tema, come si sa, esistono diverse opinioni ed amplissima bibliografia: rinvio sempre, dunque, ad A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. cit.*, 57, 59 e s., 62, 71 s., 82 s., 336, 417. Più in dettaglio, il mio punto di vista è in *Recensione* a B. Caravita, *Ai margini della dissenting opinion. Lo strano caso della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, Torino, Giappichelli editore, 2021, pp. 98, in *Diritto e società*, n. 1/2021, 145 ss.

È vero che non è facile distinguere fra il campo materiale del *funzionamento* dell'organo (riservato alla legge dello Stato: n. 87/1953), quello dell'*esercizio delle funzioni* (riservato al Regolamento interno della Corte) e quello del *procedimento davanti alla Corte* (riservato equivocamente, in particolare, alle Norme Integrative ... del Regolamento). Se però, si riconosce che la riserva legislativa sia ormai limitata alla sola *costituzione* della Corte (la cui *indipendenza* è già protetta da riserva di legge costituzionale) e che implicitamente a quest'ultima spetti dunque – in via esclusiva e non solo concorrente – l'intera materia del *funzionamento* (e con essa, naturalmente, la submateria del *procedimento*), Palazzo della Consulta potrebbe fare molto. E, visto che può, *deve*. Basta superare l'inutile e obsoleta distinzione fra "regolamento" e "norme integrative", adottando un *tipo* unico di fonte interna – appunto il regolamento sulle funzioni e la procedura: fonte *separata* con efficacia "esterna" – tutt'al più prevedendo minori regolamenti amministrativi (gestione interna del personale, ecc.), quali mere fonti "interne" accorpabili in un Testo Unico⁷⁷.

La proposta testè 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-regolamentadosi* – 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.

⁷⁷ Davo queste indicazioni già in *Sulla razionalizzazione del potere di autonormazione interna della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1996, 127 ss. Abbiamo ancora: 2 Regolamenti, 2 Norme integrative, 1 Istruzioni e direttive, 1 Guida al processo telematico e-cost, più 4 regolamenti minori: cfr. il *Codice di giustizia costituzionale* a cura di P. Costanzo, Torino Giappichelli, 2022.