



PAOLO CARNEVALE\*

## TRE VARIAZIONI SUL TEMA DEI RAPPORTI CORTE COSTITUZIONALE- LEGISLATORE RAPPRESENTATIVO\*\*

**Abstract [It]:** Lo studio si occupa di indagare l'attuale stato dei rapporti fra Corte costituzionale e legislatore, alla stregua di recenti prese di posizione della giurisprudenza costituzionale in tema: di discrezionalità legislativa quale limite al sindacato di costituzionalità; di agibilità manipolativa da assegnarsi alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale; di chiamata in causa del legislatore ad opera di quest'ultima mercé il ricorso alla tecnica dell'ordinanza "di rinvio a data fissa". Sul primo fronte si analizzano logica e presupposti della scelta maturata in anni recenti dalla Corte di trasformare la discrezionalità legislativa in *argine temporaneo* alla decisione di merito, dinanzi al quale inizialmente arrestarsi – adottando la pronuncia di inammissibilità accompagnata da un pronunciamento sulla non conformità a Costituzione della normativa impugnata e dal monito rivolto al legislatore perché provveda – per poi procedere, in ipotesi di nuova sollevazione della *questio* e di mancato intervento del legislatore, con una sentenza di accoglimento. In ordine alla seconda problematica si ripercorrono le ragioni dell'abbandono da parte della Corte costituzionale della teorica delle c.d. rime obbligate quale sostegno alla possibilità di adottare decisioni di stampo additivo – quantomeno nella versione della vulgata prevalente della dottrina e della stessa Corte – in favore della più ampia possibilità di attingere a quel tipo di pronunciamento anche in assenza dell'unicità della soluzione costituzionalmente richiesta per far fronte al deficit legislativo, essendo sufficiente l'esistenza di quella costituzionalmente appropriata, individuabile nel sistema normativo anche in presenza di una pluralità di rimedi costituzionalmente compatibili (*i.e.* rime attenuate). La terza tematica è esaminata con specifico riferimento alla questione della ricaduta che la innovativa soluzione decisoria può avere nell'assetto dei rapporti fra Corte e legislatore, ponendosi cioè il problema del grado di condizionalità che l'ordinanza di rinvio può vedersi riconosciuta sull'esercizio della potestà legislativa, non solo nell'*an*, ma anche e soprattutto del *quomodo*. Si tratta, a questo proposito, di capire se ed in qual misura questa nuova strategia decisoria segni o meno un ulteriore avanzamento di quella che è stata, da molti, definita come una sorta di manovra di accerchiamento che la Corte costituzionale avrebbe, in tempi recenti, inteso porre in essere nei confronti del legislatore rappresentativo. Quasi ad assurgere ad ultimo tassello di una stagione condotta all'insegna di una maggiore aggressività della prima nei confronti della sfera decisionale del secondo, i cui presupposti-precursori andrebbero individuati nei nuovi orientamenti maturati in tema di discrezionalità legislativa e rime "attenuate". Conclusione questa che invece l'A. si sentirebbe di non condividere.

**Abstract [En]:** The study focuses on investigating the current state of relations between the Constitutional Court and the legislature, considering the latest positions adopted by constitutional jurisprudence on the following issues: *i)* legislative discretion as a limit to constitutional review; *ii)* the *manipulative* capacity attributed to Constitutional Court judgments declaring a legal provision unconstitutional; *iii)* the call to action of the legislature by the Constitutional Court through the use of the "fixed-date adjournment technique". First of all, this study scrutinises the rationale and requirements behind the Court's recent decision to use legislative discretion as a *temporary hurdle* to deciding on the merits. Initially, the Court might halt at this juncture, issuing a ruling of inadmissibility coupled with a declaration of non-compliance of the

\* Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli studi Roma Tre.

\*\* Contributo sottoposto a *peer review*. Testo rivisto della relazione tenuta al seminario di studi su: "Corte e legislatore: tra moniti, rinvii e collaborazione", Roma, Palazzo della Consulta - 13 gennaio 2023.

challenged legal provision with the Constitution and a warning to the legislature to address the situation. Should the matter be raised once more without legislative intervention, the Court may proceed to declaring the legal provision unconstitutional. Secondly, we examine the Constitutional Court's departure from the theory of so-called "mandatory rhymes" as a foundation for the possibility of adopting "additive judgments", i.e., decisions through which the Court adds new elements to the law. According to the prevailing doctrine and the constitutional jurisprudence, the Court has recently extended the possibility to issue such judgments even in cases where there is not a singular constitutionally *mandated* solution to address legislative shortcomings. It is deemed sufficient that there exists a constitutionally *appropriate* solution, identifiable within the legal system, even when multiple constitutionally compatible solutions exist (i.e., "attenuated rhymes"). The third and last issue is examined considering which impact the innovative decision-making solution may have on the relations between the Court and the legislature. We examine the degree of conditionality that the judgment, which adjourns the decision on the merits to a fixed date, may be acknowledged in the exercise of legislative authority, establishing both the *an* and the *quomodo* of legislative action. It is crucial to understand whether and to what extent this innovative decision-making technique signifies a progression in what many have defined as a strategic encirclement carried out by the Constitutional Court against the legislature. According to many observers, this might be seen as the final phase in a period marked by an increased assertiveness of the Court towards the decision-making sphere of the legislature, whose precursors could be traced back to the jurisprudence on legislative discretion and "attenuated rhymes." However, the author expresses dissent with this conclusion.

**Parole chiave:** Corte costituzionale, Legislatore, Discrezionalità legislativa, Sentenza additiva, Pronuncia di rinvio a data fissa.

**Keywords:** Constitutional Court, Parliament, Legislative Discretion, Additive Judgment, Fixed-date Adjournment Judgment.

---

SOMMARIO: 1. Del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore: una rapida premessa. – 2. Il limite della discrezionalità legislativa: il trattamento giurisprudenziale. – 2.1. La nuova strategia della "doppia pronuncia". – 2.2. La sua giustificazione. – 3. Intorno alla teorica delle "rime obbligate". – 3.1. Il passaggio dalle rime obbligate a quelle adeguate e l'esigenza della bussola. – 4. L'attenuazione dell'argine della discrezionalità legislativa e l'ampliamento del margine del ricorso alla manipolazione additiva: quale reciproca implicazione fra questi due indirizzi? – 5. Il rapporto Corte-legislatore alla luce della nuova tecnica del rinvio della trattazione della causa a data fissa. – 6. Una rapidissima notazione conclusiva.

## 1. Del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore: una rapida premessa

Quando si parla di rapporto fra Corte costituzionale e legislatore il pensiero corre necessariamente, anzi direi fatalmente, al nesso che si realizza fra questi due soggetti, da una parte, sul fronte del seguito (o, ahimè, più spesso del mancato seguito) legislativo ai *dicta* del giudice costituzionale, dall'altra, sul terreno dei limiti apposti alla cognizione di quest'ultimo dall'esistenza di spazi rilasciati alla discrezionalità dell'altro.

È quanto farò anch'io, non mancando tuttavia quantomeno di sottolineare che si tratta di un'ottica limitata e che il dimensionamento effettivo di questo rapporto richiede, per essere pienamente apprezzato, che si alzi lo sguardo al di là di questo orizzonte tradizionale. Quello in questione, infatti, non è uno dei vari rapporti che la Corte intesse con gli altri suoi interlocutori – i giudici comuni, le Corti sovranazionali, la stessa dottrina giuridica, sino ad arrivare al corpo sociale – ma è il cuore, per dir così, l'essenza stessa del ruolo e della posizione rivestita nel sistema. Onde sembra ancor meglio che si parli di ontologica, piuttosto che di fisiologica, dialettica del rapporto<sup>1</sup>.

E questo per svariate ragioni che intendo qui solo sommariamente (e senza alcun approfondimento) indicare.

- a) *In primis* – direi – per ragioni di ordine *logico-funzionale*, legate all'ovvia considerazione per cui la Corte è il giudice delle leggi e, pertanto, il legislatore irrimediabilmente assume davanti ad essa le vesti di soggetto *sub iudice*. Si tratta, perciò, di una relazione delineata in termini “antagonisti”, che pure però, per altri aspetti, ha conosciuto una declinazione opposta, di marca – per dir così –assimilazionista<sup>2</sup>. Sappiamo, infatti, che il giudice costituzionale è stato persino apparentato al legislatore, quale sua versione in negativo – si pensi alla celebre definizione kelseniana di “legislatore negativo”; versione che, come noto, non ha mancato di far sentire i suoi echi da noi nella formulazione dell'art. 136 della Costituzione. Nella medesima prospettiva si pone, peraltro, anche l'ipotizzata ascrizione delle sentenze di accoglimento della Corte fra le fonti del diritto propugnata in dottrina; sino ad arrivare all'equivalenza tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale che talora si registra nella giurisprudenza costituzionale ai fini, ad esempio, dell'apprezzamento dello *ius superveniens* nel giudizio di costituzionalità.
- b) Vi aggiungerei, poi, ragioni di ordine *organizzativo-funzionale*. Intendo qui far riferimento alla singolarissima (per un giudice) attribuzione di potestà normativa in tema di (propria) organizzazione e funzionamento assegnata alla Corte; al nesso con la legge ordinaria, cui l'art. 137 riserva il compito di dettare le «le altre [rispetto a

<sup>1</sup> Così come si esprime A. SPADARO, *Involuzione - o evoluzione? - del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2/2023, 104.

<sup>2</sup> Dovuta essenzialmente al convergere su di un medesimo campo d'azione rappresentato del tessuto legislativo, senza tuttavia pervenire ad esiti omologanti, esclusi dalla molteplicità dei tratti differenziali che connotano la funzione di conformazione del diritto oggettivo rispettivamente esercitata. Torna, da ultimo, su questo tema M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 185 ss.

quelle costituzionali] norme necessarie» in materia e, quindi, al conseguente rapporto che su questo terreno si realizza fra Corte-legislatore e legislatore rappresentativo. Rapporto che ad oggi, specie alla luce del crescente *enlargement* del potere di autoregolamentazione della Corte che è dato registrare nel tempo, appare, a mio modo di vedere, non sempre guidato da quella bussola dell'integrazione-svolgimento-attuazione della disciplina legislativa che la stessa giurisprudenza ha voluto in più di un'occasione evocare. Ciò, in quanto, l'indirizzo seguito dalla Corte-legislatore è sembrato non di rado orientarsi verso una progressiva erosione dell'ambito della legislazione, accreditando l'idea della riserva *ex art. 137*, secondo comma, della Costituzione, come riserva "a tempo", tanto più per il fatto che gli spazi via via acquisiti dalla normativa autoprodotta sarebbero da intendere come non più riconquistabili da parte del legislatore.

- c) Ma possono individuarsi anche ragioni di (potenziale) *concorrenzialità- opposizione*, volendo qui alludere al nesso "giudicato costituzionale-legge" e alla possibilità per quest'ultima di avversare il *dictum* della Corte costituzionale riproducendo la situazione normativa anteriore oggetto della declaratoria di incostituzionalità. Riproduzione ritenuta, per lo più e con maggiore certezza, conflittuale soprattutto in ipotesi di rinnovazione ad efficacia retroattiva, con conseguente possibile accertamento dell'incostituzionalità per violazione dell'art. 136 Cost., a patto che non vi si provveda con legge costituzionale – vien qui da rammentare i diversi casi di revisione costituzionale "per reazione alla giurisprudenza costituzionale" che è dato da registrare nella nostra esperienza, come quelli riguardanti la modifica dell'art. 111 Cost. compiuta nel 1999 e dell'art. 51 Cost. effettuata nel 2003.
- d) *Last, but not least*, vanno indicate ragioni legate *all'inveramento storico* del nostro sistema di giustizia costituzionale. A tale riguardo, mi permetto di osservare – e non credo di cadere per questo in un eccesso di approssimazione – che l'intera storia dell'arricchimento degli strumenti decisorî che ha contrassegnato la parabola evolutiva del ruolo della Corte costituzionale nel nostro ordinamento, il complessivo fenomeno della ricca fioritura di forme e formule, l'elaborazione di sempre più sofisticate strategie giurisprudenziali siano espressione di una tendenza che trova ragione in un'unica esigenza: quella di minimizzare, circoscrivere, limitare "a quanto strettamente necessario" gli effetti delle pronunce di accoglimento. Esigenza, però – per quanto qui interessa più direttamente – che ha una sua non secondaria ragione giustificativa nella consapevolezza dell'estrema difficoltà del legislatore di intervenire, ove necessario, a valle della declaratoria di incostituzionalità al fine di ripianare la lacuna da questa provocata. Le sentenze interpretative, additive, sostitutive, manipolative in genere sono, a questo proposito, "impastate della stessa logica", così che l'intero tragitto che ha dato luogo al progressivo accrescimento dell'armamentario decisionale a disposizione del giudice costituzionale può essere ricostruito come segnato da una mancata sinergia con il legislatore.

Mancata sinergia – si badi bene – evidenziata non solo dal carente seguito offerto ai pronunciamenti della Corte, ma anche nell’inerzia mostrata nel lasciare le invenzioni della Corte sul piano delle tecniche decisorie nel solo solco pretorio, senza provvedere ad una codificazione nel diritto positivo. La disciplina recata dalla legge n. 87 del 1953 è in buona misura ancora quella (il compleanno è stato da poco compiuto) di settant’anni fa<sup>3</sup>.

## 2. Il limite della discrezionalità legislativa: il trattamento giurisprudenziale

Dichiaro subito che le mie considerazioni saranno limitate alle tre questioni: *a)* del rapporto fra il sindacato di legittimità costituzionale ed il limite della discrezionalità legislativa; *b)* dei margini di agibilità manipolativa da assegnarsi alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale; *c)* della declinazione del rapporto Corte-legislatore per come emergente dalla più recente prassi giurisprudenziale del rinvio della trattazione della causa a data fissa. Si tratta di nodi problematici al centro, com’è noto, di importanti novità nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni.

Parto da una prima considerazione che attiene alla percezione dell’argine rappresentato dalla discrezionalità legislativa da parte della giurisprudenza costituzionale che, almeno inizialmente – intendo, cioè, dire sino alla metà degli anni ‘70 dello scorso secolo – lo avverte come limite “interno” allo scrutinio di costituzionalità, la cui esistenza può essere accertata solo a seguito di una sia pur liminare trattazione della questione di legittimità costituzionale. Per questo il *non possum* asserito dalla Corte merita l’involucro della pronuncia di non fondatezza.

È invece, come detto, a far tempo da poco più degli ultimi vent’anni del novecento che si registra un mutamento di formula decisoria: dalla pronuncia di non fondatezza si passa tendenzialmente a quella (processuale) di inammissibilità<sup>4</sup>. È stato autorevolmente osservato come un simile passaggio nasconda una sorta di irrigidimento della posizione della Corte, stante la maggior forza preclusiva discendente dalla pronuncia processuale rispetto a quella di merito. Quest’ultima, infatti, pare vedere parzialmente attenuata la *vis*

<sup>3</sup> A questo compleanno è stato dedicato il Convegno annuale del Gruppo di Pisa su: «I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l’occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale», Università dell’Insubria, Como, 26-27 maggio 2023, i cui atti sono in corso di pubblicazione, ancorché i testi delle relazioni, sia pur in forma provvisoria, siano già disponibili sul sito dell’associazione “Gruppo di Pisa”.

Offre, da ultimo, una stimolante rilettura dell’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale in relazione al rapporto di questa con il legislatore, A. SPADARO, *Involuzione - o evoluzione?*, cit., 103.

<sup>4</sup> Sul passaggio dall’utilizzo di pronunce di *infondatezza* al ricorso a decisioni di *inammissibilità*, specie per ciò che attiene il rispetto della discrezionalità legislativa, cfr. A. CERRI, *Inammissibilità «assoluta» e infondatezza*, in *Giur. cost.*, 1983, I, 1219 ss.; V. ANGIOLINI, *La «manifesta infondatezza» nei giudizi costituzionali*, Padova, 1988, 194 ss.; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, 147-148; A. SPERTI, *La discrezionalità del legislatore*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L’accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, 2006, 630 ss.; L. CARLASSARE, *Un inquietante esempio di «inammissibilità» a proposito dell’imputato infermo di mente*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1314 ss. Quest’ultima A., in particolare, sottolinea proprio la novità dell’uso di una decisione di inammissibilità al fine di rispettare le prerogative del legislatore, trattandosi di una tipologia di pronuncia che – quantomeno fino ad allora – era stata adoperata per questioni strutturate in maniera tale da impedire alla Corte di sindacare nel merito la questione di costituzionalità.

impeditiva della pronuncia per via della riproponibilità della questione respinta, a differenza della decisione di inammissibilità, la cui forza bloccante è invece legata alla natura del vizio rilevato che, ove non rimediabile e in buona misura assoluto – come nel caso di specie – finisce per svelarne la natura di *dictum* insuperabile per il giudice *a quo* come per gli altri giudici<sup>5</sup>.

Comunque la si pensi sul punto ed al di là di ulteriori considerazioni<sup>6</sup>, a me pare che quello operato dal mutamento di formula sia in realtà il tentativo di marcare una più netta separazione fra piano della valutazione del merito della questione sollevata e piano in cui opera l'argine della discrezionalità legislativa, che, limitando *ab externo* il sindacato, si oppone affinché quella valutazione venga compiuta. In questo senso, la formula processuale, pur non riguardando di per sé – com'è di solito – l'accertamento di un difetto relativo alla corretta instaurazione del giudizio di costituzionalità ed essendo proiettata a rilevare un problema attinente al potere decisorio della Corte<sup>7</sup>, non appare del tutto eccentrica ove si consideri che la radice di quel problema è pur sempre nel *petitum* del giudice remittente e quindi nella sollevazione della questione.

Senonché, l'operazione sembra ben presto offuscarsi per via del fatto che l'evocazione del limite della discrezionalità legislativa, spesso e via via sempre più di frequente, è accompagnata da una presa di posizione del giudice costituzionale circa la non conformità a Costituzione della normativa impugnata. Insomma, l'inammissibilità si “veste” del manto dell'accertamento dell'incostituzionalità della legge alla cui dichiarazione, tuttavia, la Corte non può pervenire proprio a causa del fatto che la discrezionalità della scelta della soluzione da offrire al problema di costituzionalità proposto finirebbe per spingere quella dichiarazione oltre i limiti posti al proprio sindacato<sup>8</sup>.

Orbene, è abbastanza evidente che la formula decisoria dell'inammissibilità appare, a questo punto, a dir poco dissonante, in quanto la trattazione del merito della questione

---

<sup>5</sup> Secondo A. PIZZORUSSO, *Nota a Corte costituzionale, sentenza 24 maggio 1977, n. 102*, in *Foro it.*, 1977, I, 1608, l'utilizzo di dichiarazioni di inammissibilità implicherebbe una «restrizione dell'area di operatività della giustizia costituzionale». In tal senso, cfr. anche L. PESOLE, *Sull'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate in via incidentale: i più recenti indirizzi giurisprudenziali*, in *Giur. cost.*, 1992, I, 1604 ss.

A tale proposito, vale la pena di segnalare la precisazione contenuta in una recentissima decisione della Corte circa la natura decisoria della pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale: da negarsi qualora «fondata su motivi rimovibili dal rimettente»; da ammettersi, invece, risolutamente nel caso in cui, ad esempio, la decisione «si basa [...] sulla riscontrata impraticabilità dell'intervento “manipolativo” richiesto dal giudice *a quo*» in ragione del limite della discrezionalità legislativa. Da ciò discende, in questa seconda ipotesi – al pari di quanto «avviene a fronte di una dichiarazione di non fondatezza» – il divieto di riproposizione delle questioni da parte del giudice (già remittente se non «nella misura in cui si connotino come nuove nelle loro componenti») (sent. n. 247 del 2022).

<sup>6</sup> Di recente reputa, ad esempio, più rispettoso della previsione dell'art. 28 l. n. 87 del 1953 e dell'art. 134 Cost. il ricorso alla decisione di inammissibilità perché essa parrebbe offrire margini di maggiore flessibilità nell'affrontare questioni che si atteggiano a *political questions*, consentendo di «calibrare eventuali interventi a ridosso del merito politico, senza alterare il delicato equilibrio che regge i rapporti con il Parlamento», P. ZICCHITTO, *Le “zone franche” del potere legislativo*, Torino, 2017, 376.

<sup>7</sup> Per una simile ricostruzione si veda, fra tutti, A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 171 ss.

<sup>8</sup> Il meccanismo tipico di simili pronunce è quello secondo il quale la Corte mette in luce, nella motivazione, profili di illegittimità costituzionale e «non conclude in maniera logicamente conseguente l'iter argomentativo pregresso con l'adozione di un dispositivo di accoglimento, ma finisce al contrario per non annullare (sia pure “per il momento”) la disciplina sottoposta al suo controllo, esortando contemporaneamente il legislatore ordinario ad intervenire in tempi brevi onde adeguare la normativa vigente ai precetti della Costituzione»; così R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, 81.

risulta operata e non solo liminarmente, ma direi *funditus*, tanto da addivenire all'accertamento dell'incostituzionalità. Del resto, anche il ritorno alla formula della infondatezza sarebbe stato non meno stridente in presenza di una quantomeno sostanziale, ancorché non formalmente pronunziabile, fondatezza della questione, quasi a riprodurre quel paradosso in cui talora la Corte è incorsa nel dichiarare la manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale già precedente accolta, prefigurando un'infondatezza per... eccesso di fondatezza<sup>9</sup>.

Invero, la questione della forma della decisione riflette, a mio modo di vedere, anzi è rappresentativa dell'anfibologia che affligge il limite della discrezionalità legislativa, la cui ancipite natura di vincolo allo scrutinio di costituzionalità lo pone sul crinale fra ammissibilità e merito: in bilico fra l'un fronte e l'altro<sup>10</sup>.

Ma lo stridore della veste propria del *decisum* è poca cosa rispetto alle disarmonie che l'intera operazione presenta.

Da un verso, la decisione appare espressione di un senso di impotenza del giudice costituzionale che pur ravvisando la necessità di un proprio intervento di censura è costretto a rinunciarvi<sup>11</sup>. Si potrebbe dire che, in questo caso, il *non possum* si colora della sfumatura amara del *velim (iudicare) sed non possum*.

Dall'altro, all'insoddisfazione dovuta al fatto di una normativa che, pur riconosciuta come incostituzionale, resti in vigore si aggiunge l'effetto di precarizzazione che accompagna quest'ultima, contrassegnata dallo stigma dell'illegittimità costituzionale ancorché destinata a restare anche in futuro potenzialmente immune dalla rimozione ad opera della Corte costituzionale.

Certo, a dipanare questa matassa contraddittoria potrebbe intervenire il legislatore che della discrezionalità ordinariamente dispone e fa normalmente uso, sostituendo la normativa riconosciuta incostituzionale con altra conforme a Costituzione. Si potrebbe dire che l'azione del legislatore si porrebbe a necessario compimento della decisione "dimezzata" della Corte, offrendo a quest'ultima la seconda gamba mancante.

E non è un caso che la nuova veste della pronuncia di inammissibilità per discrezionalità legislativa con declaratoria di incostituzionalità incorporata si vede arricchita dal sempre più frequente ricorso all'appello al legislatore perché intervenga, formulato in varia guisa e con diverso tenore: dall'invito garbato alla sollecitazione più esigente, fino ad arrivare al monito minaccioso, secondo il ricco florilegio di stimolazioni che ormai presenta copioso la

<sup>9</sup> Cfr. V. ONIDA, *Giudizio di costituzionalità delle leggi e responsabilità finanziaria del Parlamento*, in AA. VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u. c., della Costituzione*, Milano, 1993, 36.

<sup>10</sup> Cfr. L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 1964, I, 310 ss.

<sup>11</sup> Non è un caso che la dottrina costituzionalistica evidenziasse da subito un senso di «profonda insoddisfazione» dinanzi a decisioni in cui la Corte «rinuncia a pronunziarsi nel merito (decidendo nel senso dell'inammissibilità) per non invadere il potere riservato alla discrezionalità legislativa, con la conseguenza del permanere in vigore di norme non soltanto di dubbia legittimità, ma addirittura sicuramente incostituzionali» (così C. COLAPIETRO, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, 29). In tal senso, si vedano, *ex multis*, L. CARLASSARE, *Un inquietante esempio di «inammissibilità» a proposito dell'imputato infermo di mente*, cit., 1314 ss.; R. PINARDI, *La Corte e il legislatore: spunti e riflessioni in tema di efficacia pro futuro delle sentenze di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 1991, 788 ss., spec. 813 ss.; L. PESOLE, *L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata*, in *Giur. cost.*, 1994, I, 406 ss.

giurisprudenza della Corte<sup>12</sup>. Inviti, moniti e sollecitazioni, il cui assai scarso rendimento dovuto alla storica inerzia del nostro legislatore a raccogliarli, ha vieppiù incrementato il senso di complessiva insoddisfazione nutrito nei confronti di questa tecnica decisoria. Meglio: a generarsi è un progressivo sentimento di frustrazione, di cui la vicenda relativa alla questione della non punibilità dei reati contro il patrimonio perpetrati ai danni degli stretti congiunti – ricordata in un recente scritto da Nicolò Zanon<sup>13</sup> – è emblematica (ma ahimè non certo isolata) rappresentazione<sup>14</sup>.

È di questo contesto, a mio modo di vedere, che bisogna tener conto quando si è chiamati ad esprimere giudizi sulla scelta maturata in anni recenti dalla giurisprudenza costituzionale di trasformare la discrezionalità legislativa in *argine temporaneo* alla decisione di merito, dinanzi al quale inizialmente arrestarsi – adottando la pronuncia di inammissibilità accompagnata da un pronunciamento sulla non conformità a Costituzione della normativa impugnata e dal monito rivolto al legislatore perché provveda – per poi procedere, in ipotesi di nuova sollevazione della *quaestio* e di mancato intervento del legislatore, con una sentenza di accoglimento<sup>15</sup>. A spingere la Corte a chiudere essa stessa la partita è, come spesso si legge nelle decisioni in parola, l'impossibilità di ulteriormente tollerare la situazione di vuoto di tutela dell'interesse costituzionalmente garantito vulnerato dalla disciplina impugnata,

<sup>12</sup> Uno stimolante quanto articolato quadro critico della giurisprudenza “monitoria” della Corte è offerto da G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, II. *Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 251 ss., mentre una utilissima ricognizione puntuale emerge dai quaderni dell'Ufficio studi della Corte costituzionale dedicati all'argomento.

<sup>13</sup> Cfr. 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.

<sup>14</sup> Il riferimento è al seguito della sentenza n. 223 del 2015, con la quale la Corte, pur prendendo atto che la disciplina impugnata (l'art. 649, primo comma, del codice penale in tema di non punibilità dei congiunti della persona offesa in caso di determinati reati contro il patrimonio), prevedendo essa un'area di impunità endo-familiare – un tempo ancorata alla necessità di evitare l'ingresso della pretesa punitiva statale dentro l'istituzione familiare, autorizzata in tal modo a “lavare” in autonomia i propri panni sporchi – [...] ormai priva di giustificazione ragionevole» (ancora N. ZANON, *op. ult. cit.*), decide di non accedere ad una declaratoria di incostituzionalità, preferendo piuttosto il ricorso alla pronuncia di inammissibilità per discrezionalità legislativa, stante il fatto che erano «prospettabili una molteplicità di alternative, costituzionalmente compatibili» idonee a superare l'incostituzionalità. A ciò si aggiunge un chiaro invito al legislatore perché intervenga ad assicurare «l'indispensabile aggiornamento della disciplina dei reati contro il patrimonio commessi in ambito familiare, che realizzi, pur nella perdurante valorizzazione dell'istituzione familiare e della relativa norma costituzionale di presidio (art. 29 Cost.), un nuovo bilanciamento, in questo settore, tra diritti dei singoli ed esigenze di tutela del nucleo familiare» (sent. n. 223, punto 5.2 del *cons. in dir.*). Il fatto è – ed è ciò che qui interessa porre all'attenzione – che il «legislatore [...] resta inerte. Il monito giace inascoltato. Anzi, probabilmente – il che è peggio – esso è proprio non conosciuto [ , giacché... ] il legislatore interviene ma, singolarmente, lo fa nel verso contrario a quello auspicato dalla sentenza», non eliminando la predetta causa di non punibilità, né modificandone la disciplina, ma addirittura ampliando l'area della sua applicazione, estesa «a beneficio della parte della (neo-introdotta) unione civile tra persone dello stesso sesso (art. 1 d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 6)» (N. ZANON, *op e loc. ult. cit.*). Non basta, la ciliegina sulla torta è posta dal Tribunale di Matera che a quel punto, anche alla luce della appena rammentata disciplina sulle unioni civili, decide di sollevare una q.l.c. sul medesimo primo comma dell'art. 649 c.p., lamentando questa volta la mancata estensione della causa di non punibilità, ivi prevista, pure al convivente *more uxorio* (*sic!*), chiedendo quindi alla Corte di provvedere a «colmare tale lacuna, ai suoi occhi inaccettabile». Il tutto, invero, nella totale ignoranza della «stessa esistenza della sentenza n. 223 del 2015» (*ivi*).

<sup>15</sup> Sul punto, si veda, fra tutti, M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 648 ss., secondo cui, nella giurisprudenza costituzionale più recente sembrerebbe che «la discrezionalità del legislatore sia divenuta limite “relativo” per l'intervento della Corte, superabile ove non vi sia stato “seguito” all'invito ad esercitarla in concreto». Per analoghe considerazioni, cfr. ID., *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. soc.*, n. 1/2020, 53 ss., spec. 68 ss.

prodotta dal trascorrere del tempo e dall'inerzia di quello che era stato individuato come solutore “ottimale”<sup>16</sup>. Aspetto, questo, su cui tornerò fra un momento.

## 2.1. La nuova strategia della “doppia pronuncia”

Non pare del tutto fortuita, a questo proposito, la riedizione della formula della “doppia pronuncia”, coniata originariamente per esprimere il nesso e la sequenza dinamica fra sentenze interpretative di rigetto e di accoglimento per come storicamente inverte<sup>17</sup>. Le analogie, del resto, non mancano. In ambo i casi, infatti, si registra:

- a) una prima pronuncia *soft*, di natura indicativa della soluzione da dare al problema di costituzionalità sollevato, che viene proposta e consegnata ad un terzo (i[ll] giudici[e], il legislatore);
- b) la presenza in motivazione di quello che appare, nella sostanza, come un accertamento (ma non dichiarazione) della incostituzionalità della disciplina impugnata per come resa oggetto della questione;
- c) il fallimento della prima pronuncia da cui trae origine la seconda in cui la Corte – per dir così – riassume il pieno controllo della situazione, dichiarando l'incostituzionalità di quella disciplina;
- d) l'indicazione di un primo solutore “ottimale” del problema di costituzionalità, nei cui confronti la Corte si propone come solutore “di rincalzo”, anzi meglio “gregario”.

Senonché, a fronte di simili ricorrenze, non mancano, né vanno sottaciute le asimmetrie:

- a) da un verso, nel caso che qui ci occupa si verifica un più significativo cambio di prospettiva nel giudizio operato fra prima e seconda pronuncia. Nel senso che, mentre nella diade rigetto-accoglimento interpretativo quel che si coglie è un mutamento di oggetto – dalla norma individuata dalla Corte, in luogo di quella indicata dal giudice, direttamente a quest'ultima – nella coppia qui in esame a mutare, anzi a trasformarsi significativamente è innanzitutto la valutazione compiuta dal giudice costituzionale, meglio la logica che la ispira. Infatti, nella prima decisione la sfera della discrezionalità legislativa agisce come “argine esterno” alla soluzione del problema ad opera del giudice delle leggi, nella seconda invece esso è assunto a “fattore interno” della valutazione, in quanto l'esigenza di preservare la sfera riservata al legislatore entra, a quel punto, nel bilanciamento con il principio di

<sup>16</sup> Possono citarsi, in tal senso, e per rimanere alla giurisprudenza più recente, la sentenza 21 settembre 2016, n. 236 sulla pena per il reato di alterazione dello stato civile del neonato; la sentenza 21 marzo 2018, n. 88 sull'equa riparazione per durata irragionevole del processo; la sentenza 25 settembre 2018, n. 222 sulle pene accessorie per i reati di bancarotta fraudolenta; la sentenza n. 40 del 2019 in materia di stupefacenti; la sentenza 12 gennaio 2022, n. 28 sulla pena pecuniaria come sanzione sostitutiva di pene detentive brevi (su cui v. *infra* in nt. [35]). Nondimeno, vanno ad inserirsi in tale filone anche le decisioni con cui la Corte interviene definitivamente sulle questioni rispetto alle quali è stata precedentemente adottata un'ordinanza di rinvio a data fissa: la sentenza 25 settembre 2019, n. 242 sul reato di aiuto al suicidio; la sentenza 22 giugno 2021, n. 150 sulla comminatoria della pena detentiva per il delitto di diffamazione a mezzo stampa.

<sup>17</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 1956, 944 ss.

legittimità costituzionale per come declinato nella proposta questione di costituzionalità, uscendone tuttavia perdente.

Se ci si consente il parallelo è un po' quello che avviene nel rapporto fra principio di continuità e stabilità dell'ordinamento e sindacato di costituzionalità, sotto il profilo degli effetti prodotti dalle sentenze di accoglimento<sup>18</sup>;

- β) d'altro verso – e direi soprattutto – il disallineamento fra le due situazioni qui apparentate sembra ancora più evidente se si tiene conto del fatto che, quantomeno a tutta prima, nella sequenza interpretativa di rigetto-interpretativa di accoglimento la Corte passa da una *possibilità non percorsa* (ma sin da subito percorribile) – vale a dire la dichiarazione di illegittimità della disposizione impugnata in quanto esprime la norma individuata dal giudice (e limitatamente ad essa) – ad un *successivo recupero di quella possibilità* che viene, a quel punto, seguita. In quella qui in esame invece ciò a cui si assiste è il transito da una *primitiva impossibilità* al suo *superamento*. Il non consentito iniziale diviene successivamente consentito. Come si può spiegare tutto questo? Quale la ragione di questa trasformazione?

Si potrebbe rispondere a questi cruciali quesiti, invocando – come già rilevato – il fatto che il decorrere del tempo fra prima e seconda decisione e (stante la latitanza del legislatore sordo all'invito ad agire) la perduranza della situazione di incostituzionalità rendono, agli occhi della Corte, non più tollerabile il vuoto di tutela costituzionale che ne deriva, imponendole l'intervento. Sarebbe una risposta, non solo di buon senso, ma ampiamente corroborata da quanto emerge dalle reprimende che spesso popolano le motivazioni delle pronunce “seconde” con le quali si attinge alla risorsa della dichiarazione di incostituzionalità<sup>19</sup>. Il fatto è che una simile risposta indurrebbe a porsi una ulteriore

<sup>18</sup> Ebbene, quel principio sostanza, da una parte, l'esigenza di preservare una quota di rapporti giuridici dagli effetti della declaratoria di incostituzionalità di una legge che vi ha trovato applicazione – quelli che noi chiamiamo compendiosamente rapporti esauriti. Tale quota altro non disegna che una *barriera esterna* al prodursi degli effetti di un'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale. Peraltro, quel medesimo principio può entrare nella valutazione di costituzionalità, come *fattore interno* alla decisione, quando si tratta di adottare sentenze di accoglimento ad effetti temporalmente circoscritti o solo *pro futuro* o persino *futuribili* perché procrastinati ben oltre la decisione della Corte o, comunque, quando si evoca lo spettro della “maggiore incostituzionalità” come esito del venir meno della norma dichiarata illegittima. Sul rapporto fra principi di continuità e stabilità dell'ordinamento giuridico e giudizio di costituzionalità sia consentito il rinvio al ns. *Contributo ad uno studio sul vizio del presupposto soggettivo della legge. Teoria del vizio: configurazione, natura e limiti al sindacato*, Napoli, 2023, 314 ss. e spec. 347 ss.

<sup>19</sup> Si consideri, fra tutte, la sentenza 23 gennaio 2019, n. 40, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della sanzione prevista dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990 (Testo unico sugli stupefacenti), che puniva con la reclusione da otto a venti anni alcune condotte “non lievi” inerenti alle cc.dd. droghe pesanti, sostituendo la pena minima originariamente prevista per tali reati con quella di sei anni. Per quel rileva in questa sede, in un passaggio della motivazione la Corte afferma, con estrema chiarezza, che il proprio intervento «non è ulteriormente differibile, posto che è rimasto inascoltato il pressante invito rivolto al legislatore affinché procedesse “rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990”, anche in considerazione “dell'elevato numero dei giudizi, pendenti e definiti, aventi ad oggetto reati in materia di stupefacenti” (sentenza n. 179 del 2017)». La Corte prosegue, poi, esplicitando una delle condizioni principali che, con maggiore frequenza, sembrerebbero ricorrere come fondamento per superare il limite della discrezionalità legislativa salvaguardato nella prima decisione: la diretta attinenza della questione alla tutela di diritti fondamentali, i quali «non tollerano ulteriori compromissioni, ragion per cui reiterate sono state le richieste di intervento rivolte a questa Corte dai giudici di merito e di legittimità». I riferimenti testuali della decisione sopra riportati sono al par. 4.3 del *Considerato in diritto*. Per alcune considerazioni sulla decisione in esame, si veda A. GIUBILEI, *Discrezionalità legislativa e garanzia della Costituzione. Omissioni e inerzia del legislatore dinanzi alla Corte costituzionale*, Napoli, 2023, 307, il quale evidenzia che nella logica della Corte pare che «il tempo in cui il legislatore è rimasto inerte rispetto al precedente ammonimento della Corte abbia logorato i confini della discrezionalità legislativa, rendendoli più facilmente valicabili; l'incostituzionalità è

domanda: perché attendere che *al non più tollerabile* si arrivi pur potendo metter mano al vuoto di tutela costituzionale sin da subito, tanto più che – come dimostra la seconda pronuncia – la Corte mostra di averne gli strumenti?

## 2.2. La sua giustificazione

A questo riguardo, vorrei richiamare l'attenzione sul fatto di aver prima utilizzato, con riferimento al legislatore sollecitato ad intervenire per rimediare alla situazione di incostituzionalità, l'espressione "solutore *ottimale*".

L'ho fatto per evocare un po' allusivamente (ma senza alcun pretesa di farne scientificamente un'interlocutrice) la dottrina dell'"ottimalità paretiana" che, nell'ambito della teoria dell'economia del benessere, individuava l'*optimum* nell'allocazione delle risorse nella situazione per cui quella allocazione non è migliorabile se non a prezzo del fatto che il progresso della condizione di un operatore avvenga peggiorando quella di altro operatore: ciò che trova il suo *habitat* naturale nell'economia di mercato che costituisce il c.d. *first best* nella realizzazione dell'ottimo paretiano. Sennonché, la presenza di elementi di turbativa in grado di pregiudicare la realizzazione anche di una soltanto delle condizioni richieste per aversi ottimalità può rendere preferibile la ricerca di una soluzione alternativa sub-ottimale: al *first best* si sostituisce il *second best*, vale a dire la seconda miglior soluzione possibile.

Nel nostro caso, il *first best* sarebbe rappresentato dalla soluzione legislativa ed il *second best* da quella giurisprudenziale. Ebbene il ricorso al *second best* non mette in discussione, né muta nel solutore "secondo" la consapevolezza che il rimedio per via di legge sia e resti, a monte come a valle della decisione adottata da quest'ultimo, quello peggiore. Questo è, del resto, testimoniato dal fatto che, da un verso, abbastanza di frequente nelle pronunzie "prime" di inammissibilità per discrezionalità legislativa la Corte ricorra alla formula del doveroso rispetto della "*prioritaria* valutazione del legislatore"<sup>20</sup>; dall'altro che non solo le

---

divenuta non più tollerabile e, di conseguenza, i limiti dell'intervento manipolativo si sono affievoliti, dando vita ad una sorta di rivoluzione di metrica: parafrasando la sentenza n. 40 del 2019 e le altre che l'hanno seguita, sembrerebbe che ci si possa ormai accontentare di "*rime adeguate*", anziché pretendere la sussistenza di "*rime obbligate*".

<sup>20</sup> Rimanendo alla giurisprudenza più recente, si consideri, in tal senso, la sentenza 23 febbraio 2022, n. 100, in materia di pensioni privilegiate indirette, ove la Corte riconosce «l'inadeguatezza del sistema attualmente vigente», salvo poi concludere nel senso dell'inammissibilità «in ragione del doveroso rispetto della *prioritaria valutazione del legislatore* circa l'individuazione dei mezzi più idonei al conseguimento di un fine costituzionalmente necessari» (parr. 3 e 4 del *Considerato in diritto, corsivo ns.*). A questa può aggiungersi, in via esemplificativa, anche la sentenza 11 maggio 2021, n. 151, sull'assenza nella disciplina generale sulle sanzioni amministrative pecuniarie della previsione di un termine di conclusione del procedimento. Qui la Corte afferma – con considerazioni che torneranno quasi testualmente anche nella successiva sentenza 23 settembre 2021, n. 200 – che l'inammissibilità delle questioni sottoposte al suo esame deriva dal «doveroso rispetto della *prioritaria valutazione del legislatore* in ordine alla individuazione dei mezzi più idonei al conseguimento di un fine costituzionalmente necessario» (par. 7.1 del *Considerato in diritto, corsivo ns.*). Ancora più nette sono le affermazioni contenute nella decisione intervenuta in seconda battuta sul c.d. "caso Cappato", la sentenza 25 settembre 2019, n. 242, ove la Corte afferma che, «decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale *spetta la priorità*» (par. 4 del *Considerato in diritto, corsivo ns.*).

In dottrina v., ad esempio, con molta nettezza F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 144 ss., secondo cui il limite della discrezionalità legislativa che la Corte incontra nell'esercizio delle sue funzioni non può implicare un sacrificio del principio di legittimità costituzionale, un

prime, ma anche le “seconde” decisioni (di accoglimento) vedano presenti inviti e sollecitazioni al legislatore perché intervenga a ridisciplinare la materia. Ciò, quasi a dire che il giudice costituzionale resta consapevole che con la declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa impugnata la partita sia *tutt’altro che chiusa*, nel senso che al problema di costituzionalità questi sente di aver dato una soluzione parziale e limitata e che la risposta offerta, ad onta della definitività della formula decisoria, resti pur sempre espressione di una parola “penultima”, l’“ultima” rimanendo auspicabilmente rimessa alla voce del legislatore.

Se è possibile proporre un parallelo assai più prossimo alle nozioni e i concetti normalmente maneggiati dai giuristi potrebbe utilmente richiamarsi, sia pur solcando un terreno in cui la contesa è fra legislatori, quella declinazione “debole” della competenza che si suole appellare col termine di “preferenza”, secondo la quale l’assegnazione della titolarità della funzione normativa ad un soggetto – definito, per l’appunto, preferito – rispetto ad un determinato ambito materiale di rapporti non esclude che, in mancanza dell’attivarsi di quest’ultimo, la normativa venga ad essere transitoriamente recata ad opera di altro soggetto – non preferito, ma neppure incompetente – potendo tuttavia essere rimossa in seguito al successivo intervento di quello preferito, chiamato a riprendersi lo spazio temporaneamente sottrattogli. Gli esempi forniti qui dal riparto di competenza fra Stato e Regioni sono diversi e tutti assai noti; non c’è quindi alcun bisogno di indugiare oltre.

Alla luce di quanto osservato, si può dire che l’inammissibilità per discrezionalità legislativa pronunciata dalla Corte in sede prima decisione, prima ancora che come una rinuncia-impedimento all’esercizio del proprio sindacato, vada letta soprattutto come espressione di una preferenza per l’azione del legislatore, i cui margini di scelta e di apprezzamento, assieme alla latitudine d’intervento, ne fanno lo *strumento ottimale* per offrire risposta al problema di costituzionalità sottoposto al giudice delle leggi. Onde, si potrebbe dire che attraverso il rispetto della sfera riservata al legislatore la Corte in realtà più che assumere un atteggiamento di *deferenza nei confronti di quest’ultimo* finisca per esprimere una *deferenza verso la Costituzione, promuovendo la miglior reintegrazione possibile dell’ordinamento in senso conforme alla Carta*. In questa prospettiva la secca obiezione per cui «se c’è la incostituzionalità la si deve dichiarare subito e se invece c’è discrezionalità legislativa ad essere dichiarata subito è l’inammissibilità»<sup>21</sup> perde parte della sua forza persuasiva.

---

*valore preminente* destinato a prevalere sulla discrezionalità legislativa e sulla rigida ripartizione dei poteri. D’altronde, come osservava già C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, 1970, V, 190-191, escludere la preminenza dell’intervento della Corte «significherebbe rimanere ancorati al pregiudizio proprio del legalismo positivista, ligio al dogma dell’assoluta sovranità del Parlamento, superato ormai dalla sovranità della Costituzione e dal principio che ne discende del dovere della legittimità costituzionale. La discrezionalità del legislatore deve cedere di fronte a prescrizioni costituzionali che gli impongono l’obbligo di provvedere alla tutela di diritti posti come fondamentali». Più recentemente A. GIUBILEI, *op. ult. cit.*, 164 s. nota, nella giurisprudenza sopra richiamata, il tentativo messo in atto dalla Corte per «assicurare la *priorità* – intesa in senso temporale e, dunque, come “precedenza” – all’intervento del legislatore», senza sacrificare in perpetuo «la dovuta *preminenza* – intesa in senso valoriale e, dunque, come “superiorità” – alla legalità costituzionale».

<sup>21</sup> M. LUCIANI, *Ogni cosa*, cit., 215, peraltro riprendendo N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale*, cit., 94.

Reintegrazione che nondimeno, in vece del legislatore ed in modo più angusto e meno soddisfacente, anche la Corte potrà eventualmente offrire, se ed in quanto ne ricorrano le condizioni.

Si tratta, a questo punto, di chiarire quali esse siano.

### 3. Intorno alla teorica delle “rime obbligate”

La questione più interessante e di più stretta attualità è quella che attiene all'ipotesi in cui a far propendere la Corte a pronunciare l'inammissibilità della questione per discrezionalità del legislatore, a fronte di altre cause possibili, sia la presenza di una pluralità di soluzioni normative possibili per fare fronte al difetto di costituzionalità ascritto alla norma impugnata. È evidente che, in tal modo, il problema che si ha qui dinanzi incrocia perfettamente (anzi in buona misura vi si identifica) il tema dei limiti posti alle decisioni c.d. manipolative del giudice delle leggi. Tema, in tempi recenti, rivisitato dalla giurisprudenza della Corte<sup>22</sup> che lo ha sottoposto ad un processo di rielaborazione, mostrando di voler ripensare quella dottrina delle c.d. rime obbligate che del ricorso alle pronunce additive, sostitutive e manipolative ha tradizionalmente costituito il principale supporto teorico<sup>23</sup>. Tale dottrina, quantomeno stando alla vulgata più diffusa, nell'intento di dimostrare la non assimilabilità dell'intervento normativo-manipolativo della Corte all'azione del legislatore – e quindi la non usurpazione del suo ruolo da parte della Consulta – faceva leva sul carattere vincolato dell'addizione giurisprudenziale, cui era possibile ricorrere solo se ed in quanto l'*aggiunta* fosse espressione e veicolo di una soluzione “costituzionalmente imposta”. Insomma, la norma o frammento di norma di conio pretorio venivano introdotti sotto “dettatura” della stessa Costituzione. In tal modo, piano dell'azione del legislatore e piano dell'intervento (innovativo-aggiuntivo) della Corte non potevano, né dovevano essere confusi.

In tempi recenti – si diceva – la giurisprudenza costituzionale, onde ritagliare maggiori margini di intervento al proprio pronunciamento additivo, ha precisato che ad esso può pervenire anche in assenza dell'unicità della soluzione che la Costituzione esige per far fronte al deficit legislativo, essendo sufficiente l'esistenza di quella costituzionalmente appropriata individuabile nel contesto del sistema normativo anche in presenza di una astratta pluralità di rimedi tutti costituzionalmente compatibili<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Sul complessivo percorso della giurisprudenza costituzionale in tema v. L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, 12/2021, 242 ss.

<sup>23</sup> A tale proposito, si veda, com'è assai noto, V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1984, 402 ss., spec. 407 s. e ID., *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale: bilancio di vent'anni di attività*, Padova, 1984, 84-85.

<sup>24</sup> Emblematica, in tal senso, è la già citata sentenza 23 gennaio 2019, n. 40, ove i giudici costituzionali asseriscono che «fermo restando che non spetta alla Corte determinare autonomamente la misura della pena (sentenza n. 148 del 2016), l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale che riguardano l'entità della punizione risulta condizionata non tanto dalla presenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nel sistema di previsioni sanzionatorie che, trasposte all'interno della norma censurata, garantiscano coerenza alla logica

Siamo così passati, secondo un certo lessico, dalle *rime obbligate* a quelle *adeguate*<sup>25</sup>, per non dire – come qualcuno ha detto – *libere* o *sciolte*<sup>26</sup> e, quindi, se mi si consente il gioco di parole, non più *obbligate* bensì *obliate*.

Di là dalla un po' logora metafora poetica, è bene qui fare qualche precisazione.

Per prima cosa, va detto che la soluzione a suo tempo escogitata da Vezio Crisafulli, ove per l'appunto riferita alla sussistenza di un unico modo possibile per assicurare il rispetto della Costituzione, costituisce in buona parte un'abile finzione, specie se raffrontata all'ampio utilizzo della tecnica manipolativa che contrassegna la giurisprudenza costituzionale. L'esistenza di quella unicità, infatti, pur costantemente ribadita dalla Corte, è spesso apparsa assai contestabile, la pluralità di modi possibili rappresentando la regola generale e prevalente nello svolgimento e nella declinazione dei principi costituzionali<sup>27</sup>.

A questo riguardo, mi permetto una piccola notazione.

Mi ha sempre sorpreso molto la diversa accoglienza assicurata in dottrina alla teorica delle rime obbligate – che definirei tendenzialmente molto buona, se non addirittura entusiastica, quantomeno in origine – rispetto a quella riservata ad un'altra elaborazione che pure condivide l'*idea-forza* dell'unica possibile modalità per dare svolgimento alle disposizioni costituzionali<sup>28</sup>. Mi riferisco alla nozione – di conio questa volta giurisprudenziale, ancorché opera della penna di uno dei maggiori allievi del maestro autore della “teorica delle rime” – di legge “a contenuto costituzionalmente vincolato”, formulata dalla Corte nella celebre sentenza n. 16 del 1978 per individuare una classe di atti legislativi di livello primario sottratti all'abrogazione referendaria in quanto recanti una disciplina attuativa della Costituzione nell’“unico modo possibile”, la quale è stata invero oggetto di una quanto mai diffusa riprovazione (se non addirittura irrisione) fra gli studiosi, che ne hanno sottolineato il carattere assolutamente velleitario<sup>29</sup>.

Ad ogni buon conto, e per quanto qui più direttamente rileva, quel che bisogna opportunamente porre in luce è che, ad onta di quanto generalmente inteso, è lo stesso Crisafulli che, nel delineare i termini della propria costruzione, prevede, accanto all'ipotesi dell'addizione direttamente ricavata dal disposto costituzionale assunto come parametro, l'eventualità che il *novum* legislativo di pugno della Corte *possa essere frutto di indicazione ricavata dal complesso normativo vigente* in quanto espressione di una norma “già implicata nel sistema”.

---

perseguita dal legislatore (sentenza n. 233 del 2018)». Sulla base di tali premesse, la Corte ritiene che le questioni possano superare il vaglio dell'ammissibilità ed essere accolte (con una pronuncia di tipo sostitutivo), proprio perché nell'ordinamento è possibile individuare una «soluzione costituzionalmente adeguata, benché non obbligata» (par. 4.2 del *Considerato in diritto*).

<sup>25</sup> Cfr. A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del Giudice delle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2019, 91 ss., spec. 111.

<sup>26</sup> Cfr. A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, 251 ss., spec. 264 ss.

<sup>27</sup> Tanto più che in una «legislazione ipertrofica e farraginosa, sovente priva di un *telos* unitario», qual è quella in particolare degli ultimi decenni, «il tentativo di ricostruire seguendo uno schema direttamente indicato dalla Costituzione una trama lacerata sembra destinato al fallimento» (M. LUCIANI, *Ogni cosa*, cit., 192).

<sup>28</sup> Sia consentito qui il richiamo a P. CARNEVALE, *Cosa resta della sentenza n. 16 del 1978. Riflessioni sull'eredità di una “storica” sentenza*, in A. PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, 152-153.

<sup>29</sup> V. a riguardo, fra molti, M. RAVERAIRA, *Problemi di costituzionalità dell'abrogazione popolare*, Milano, 1983, 209 ed *ivi* riferimenti.

Anzi, a voler essere puntigliosi – come, del resto, si evince chiaramente nella riformulazione compiuta nelle Lezioni di Diritto costituzionale – proprio quest’ultima appariva a lui come l’ipotesi primaria e prevalente<sup>30</sup>.

Ed allora, l’attuale incipiente indirizzo giurisprudenziale in tema di rime adeguate non sembra di per sé un «abbandono della dottrina» in parola<sup>31</sup>, un porsi al di fuori del perimetro della teorica crisafulliana delle rime obbligate, laddove, pur in presenza di una pluralità di altre soluzioni costituzionalmente compatibili, la Corte operi l’addizione facendo leva su una “grandezza normativa” già esistente nell’ordito legislativo<sup>32</sup>.

Questo ovviamente laddove la pluralità di soluzioni si ponga sul piano della configurazione astratta – nel senso, cioè, che sarebbe possibile porre rimedio al *vulnus* riscontrato attraverso molteplici scelte prefigurabili: *a, b, c* – mentre quella prescelta dal giudice costituzionale sia l’opzione *offerta in concreto* dal sistema normativo, atteggiandosi ad unica soluzione *realmente*<sup>33</sup> a disposizione per rimediare al *vulnus* apportato alla Costituzione. Se volessimo giocare con le formule espressive, si potrebbe dire: all’*unica soluzione costituzionalmente possibile* si aggiunge l’*unica soluzione legislativamente potabile*.

Dal che evidentemente consegue che, laddove la Corte si trovasse dinanzi ad un *petitum* a valenza additiva che le chiedesse di scegliere una fra più soluzioni *tutte “egualmente” offerte in concreto* dal sistema ed in vario modo percorribili, la risposta da dare non potrebbe che risolversi in un “declinare l’invito”. Salvo che quella pluralità *in concreto* non sia apparente, come non solo nel caso in cui una delle soluzioni a disposizione si dimostri palesemente come la più adeguata e aderente a rispondere al problema di costituzionalità prospettato dal remittente, ma anche, e per converso, si tratti di soluzioni sostanzialmente equivalenti<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Cfr. V. CRISAFULLI, *Lezioni di Diritto costituzionale. L’ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1974, 164, secondo cui, nelle sentenze aggiuntive, la Corte costituzionale non crea “liberamente” la norma che andrà ad integrare la disciplina, «ma si limita ad individuare quella – già presente nell’ordinamento, o ricavabile dalle stesse norme costituzionali di cui ha fatto applicazione con la sua sentenza – mediante la quale colmare il “vuoto”, che altrimenti deriverebbe dalla stessa sentenza». Perviene, da ultimo, alla medesima conclusione M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant’anni dalla legge n. 87 del 1953*, Relazione al Convegno “I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l’occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale”, in corso di pubblicazione (ma consultabile in forma provvisoria sul sito del Gruppo di Pisa), § 6.

<sup>31</sup> Così M. LUCIANI, *Ogni cosa*, cit., 195.

<sup>32</sup> Non pochi oramai gli esempi. Si veda, a riguardo, il caso della citata sentenza n. 222 del 2018, ove la Corte afferma che un trattamento sanzionatorio manifestamente e intrinsecamente irragionevole può essere direttamente sostituito con uno legittimo purché ciò avvenga sulla base di «precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo», da intendersi quali diverse ma compatibili misure sanzionatorie idonee a superare l’irragionevolezza della pena censurata (par. 8.1 del *Considerato in diritto*). In tale passaggio, tra l’altro, la Corte richiama espressamente la già rammentata sentenza n. 236 del 2016. Si consideri, ancora, la sentenza n. 40 del 2019, ove si afferma che la nuova misura sanzionatoria individuata dalla Corte, «benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria: essa si ricava da previsioni già rinvenibili nell’ordinamento, specificatamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore» (par. 5.3 del *Considerato in diritto*).

<sup>33</sup> L’avverbio ed il corsivo stanno qui a sottolineare la necessità che il referente normativo per essere utilmente utilizzato al fine di operare l’integrazione si ponga in un rapporto diretto e privilegiato con la disciplina oggetto della *quaestio* e, quindi, vanti una chiara ragione di preferibilità dettata dalla prossimità con quest’ultima. Onde, la presenza di una molteplicità di soluzioni *in concreto* (*i. e.* referenti normativi) ricavabili dal tessuto ordinamentale non sarebbe di per sé di ostacolo all’addizione, giacché sarebbe una pluralità *solo apparente*, una restando la soluzione *legislativamente potabile*. Cosa invece da escludere nelle ipotesi di pluralità “eguale”, in cui cioè nessuno dei referenti normativi proposti dal sistema mostri di intrattenere quella relazione differenziale con la disciplina scrutinata.

<sup>34</sup> È il caso quest’ultimo, a mio modo di vedere, dell’addizione disposta dalla Corte con la sentenza n. 28 del 2022 che, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 53, secondo comma, della legge 24 novembre 1981 n. 689

Del resto, anche la scelta di poter far leva sull'unica soluzione legislativamente potabile, non troppo diversamente – se non per il differente fascino di cui è provvista<sup>35</sup> – dall'unica soluzione costituzionalmente possibile, consente di far salvo il fine ultimo e l'obiettivo principale della teorica delle rime obbligate: distinguere, oggi come ieri, il *novum* normativo uscito dal calamaio della Corte da quello partorito dal legislatore sulla base del vincolo di derivazione dal diritto già esistente che caratterizza il primo, il quale, a differenza del secondo, non è liberamente creato dalla Corte che per questo, ed in senso proprio, col legislatore neppure transitoriamente si confonde. Se è lecito ricorrere alla metafora linguistica, si può dire che si sia in presenza di due "inventori" del diritto legislativo, la cui modalità di intervento appare tuttavia strutturalmente diversa. Nel caso della Corte si tratterebbe di invenzione alla latina, vale a dire di *inventio* quale azione del reperire, ritrovare, far emergere; mentre per il legislatore ad essere compiuta sarebbe un'invenzione nel senso più moderno (ed oggi più diffuso) del termine: quello cioè teso ad indicare l'operazione creativa, l'atto immaginativo, la concezione *ex novo*<sup>36</sup>.

Insomma, ancorché normoprodotto, il nostro giudice costituzionale si atteggierebbe, pur sempre, a *minus*, piuttosto che a *super-normatore*<sup>37</sup>.

Non solo, il passaggio dall'operare *sotto dettatura della Costituzione* a quello dell'operare *sotto dettatura della legislazione*, può altresì recare con sé un effetto persino benefico: di alleggerire la posizione del legislatore dinanzi alla normativa integrata dall'addizione della Corte.

A questo riguardo, ha attirato l'attenzione dei commentatori il fatto che nelle decisioni rappresentative del nuovo corso delle rime adeguate non di rado si registri la precisazione per cui il legislatore resta libero di reintervenire e di offrire in materia soluzioni normative differenti da quella fornita dalla Corte<sup>38</sup>. Precisazione idonea, a tutta prima, a generare un certo qual senso di perplessità, in bilico com'è tra l'ovvietà quasi banale del riconoscimento compiuto e il retrogusto un po' irritante della graziosa concessione.

---

(Modifiche al sistema penale) – nella parte in cui, nel determinare il *quantum* della pena pecuniaria sostitutiva della pena detentiva di durata inferiore a sei mesi, prescrive che il giudice individui il valore minimo giornaliero di un giorno di reclusione nella misura della somma indicata dall'articolo 135 c.p., pari cioè a 250,00 euro – sostituisce quest'ultima somma con quella di 75,00 euro, prevista dall'articolo 459, co. 1-bis c.p.p. Tale integrazione era stata suggerita dal giudice *a quo* in alternativa ad un'altra, prospettata in via subordinata, tesa a ripristinare la possibilità per il giudice di diminuire sino a un terzo la pena pecuniaria minima, prevista in via generale dall'art. 133-bis, secondo comma, cod. pen. Ebbene, la scelta della Corte è motivata, in tal caso, dalla sostanziale equipollenza delle due soluzioni, per il poco discostarsi, nell'esito pratico, l'una dall'altra, posto che la seconda «condurrebbe a fissare a circa 83 euro il minimo del valore giornaliero».

<sup>35</sup> «Se ci si riflette, la finzione delle rime obbligate, che discenderebbero dalla stessa Costituzione, aveva almeno dalla sua la forza indiscutibile dell'argomento *tranchant* e definitivo: è la Costituzione stessa a volere così» (così N. ZANON, *I rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 90).

<sup>36</sup> Sul nesso invenzione-diritto è d'obbligo il richiamo a P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.

<sup>37</sup> Di *Überparlament* ha parlato, in proposito, A. SPADARO, *Involuzione - o evoluzione?*, cit., 137.

<sup>38</sup> Coglie nella qualità cedevole della disciplina introdotta dalla Corte uno dei fattori per affermare che, pur a fronte del fatto che lo «spazio di azione della Corte diviene così molto più ampio [nondimeno] la discrezionalità legislativa non risulta sacrificata [in quanto] se ne fa salvo il libero esercizio per il futuro», il Presidente Lattanzi nella Relazione sull'attività della Corte costituzionale per il 2018 (cfr. *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, Roma, 21 marzo 2019, 17). Né è mancato chi ne ha fatto un aspetto di tale importanza da prefigurare la soluzione per cui, in ipotesi di decisioni ad alto tasso di creatività, la "clausola di transitorietà" vada collocata «non nella parte motiva, ma nella frazione decisoria vera e propria, ossia nel dispositivo» (cfr. L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli 2020, 380 ss.).

Sennonché, a mio modo di vedere – di là da altre interpretazioni di stampo psicologistico che vi possono intravedere un riflesso del senso di colpa nutrito dalla Corte per la sua “invadenza” – credo che di queste ricorrenti affermazioni possa darsi una lettura più legata proprio all’abbandono del presupposto necessario dell’unica soluzione costituzionalmente imposta a supporto dell’addizione. Difatti, e a ben guardare, la tradizionale declinazione della teorica delle rime obbligate operata dalla giurisprudenza costituzionale, per cui la manipolazione compiuta era diretta conseguenza della Costituzione, finiva per generare un effetto di cristallizzazione di quell’esito. La normativa manipolata sembrava immersa nell’aura un po’ sacrale della *viva vox Constitutionis* e per questo poteva presentarsi come provvista di una sorta di blindatura dinanzi allo *ius superveniens* di fonte legislativa.

Ecco perciò che le ripetute affermazioni di cui si sta qui dicendo potrebbero spiegarsi proprio con la volontà della Corte di esplicitare la rimozione di un possibile fattore di inibizione fondato su un eventuale *metus reverentialis* nutrito dal legislatore rispetto all’oggetto del proprio intervento<sup>39</sup>.

### 3.1. Il passaggio dalle rime obbligate a quelle adeguate e l’esigenza della bussola

Ciò detto, si potrebbe concludere sul nuovo corso giurisprudenziale in tema di manipolazione ammessa che in fondo... non c’è nulla di nuovo?

Non direi.

Invero, l’aver esplicitamente rimosso il *dogma* dell’unicità costituzionale come condizione esclusiva, accompagnandolo all’ipotesi della *unicità legislativa* in presenza di potenziale pluralità costituzionale, significa aver messo in discussione un simbolo, contraddire una sorta di parola d’ordine. Poco importa che quella unicità fosse frutto di una declinazione unilaterale della teorica cui ci si voleva richiamare e che, non certo di rado, la sua esistenza fosse più pretesa che reale. La vulgata della giurisprudenza costituzionale con, in buona misura, anche l’appoggio della dottrina aveva sin qui fatto della costruzione dell’unica soluzione costituzionalmente ammessa il solco proprio dell’obbligo di rima.

Ed allora quando si rimuovono simboli e si avversano consolidati modi di pensare, specie se dotati di indubbia forza suggestiva, è necessario che lo si faccia innanzitutto accompagnando l’operazione di affrancamento con un *surplus* di impegno definitorio.

Se è difficile immaginare sul punto un intervento del legislatore, già tradizionalmente schivo anche nel semplicemente codificare gli innovativi approdi della giurisprudenza della Corte, un contributo sarebbe possibile richiederlo alla riflessione della dottrina<sup>40</sup> la quale,

<sup>39</sup> Collega l’ovvietà della sottolineatura del carattere cedevole dell’aggiunta operata dalla Corte al fatto che «la tecnica in parola viene utilizzata in situazioni di assenza di “rime obbligate”, con la conseguenza inevitabile che la soluzione normativa che viene individuata dalla Corte costituzionale non è mai a contenuto costituzionalmente vincolato», R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Consulta online – Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 24 aprile 2020, 30, nt. (191). Di scampata sostituzione «tout court in via definitiva al Parlamento» parla A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità*, cit., 145 ss., spec. 165.

<sup>40</sup> Che si tratti di tema che «meriterebbe sforzi dottrinali adeguati» è asserito da N. ZANON, *I rapporti tra Corte*, cit., 90.

nell'opera di razionalizzazione *ex post* della giurisprudenza, potrebbe fornire allo stesso giudice costituzionale elementi utili ad indicare i termini della nuova rotta intrapresa.

Mi chiedo, però, se la stessa Corte debba sentirsi esentata.

Quando dico questo non penso tanto alla cura nell'adempimento dell'onere motivazionale per dar conto delle ragioni della scelta compiuta nella singola pronuncia<sup>41</sup>. Alludo piuttosto ad un investimento supplementare rappresentato dal ricorso alla decisione “magisteriale”, alla sentenza-matrice caratterizzata dalla motivazione “eccedente” rispetto le esigenze del caso deciso, idonea a indicare le linee-guida e i criteri generali cui il giudice della legge intende attenersi nell'intraprendere il nuovo percorso. Si tratterebbe, si badi bene, non soltanto di dar conto della “grandezza normativa già esistente nell'ordinamento” individuata per ancorarvi l'operazione manipolativa, né semplicemente del processo seguito per poterla rintracciare nel sistema, ma direi innanzitutto di definire i contorni del modello. Per riprendere un'espressione che ho trovato in una recente decisione – la n. 176 del 2022 – parlerei di definizione della sua “plausibilità”, che so: in termini di qualità della norma che può incarnarlo (dotata di generalità o, comunque, espressione di un orientamento legislativo prevalente); con riguardo alla natura del nesso esistente con la norma aggiunta dalla Corte (analogia fra le fattispecie, sua qualificata prossimità alla disciplina scrutinata, identità di *ratio*); con riferimento al pregio costituzionale degli interessi tutelati (si potrebbe immaginare qui il perimetro della garanzia dei diritti fondamentali)<sup>42</sup>.

Certo simili indicazioni si colgono qua e là nelle diverse pronunzie della Corte, emergono e ricorrono nella sua giurisprudenza, purtuttavia sarebbe più che opportuno compiere una riconduzione a sistema.

Ora, non si liquidi quella qui avanzata come una *boutade* o una richiesta eccentrica e poco consona al costume della nostra Corte costituzionale.

Invero, un caso recente espressivo di un simile atteggiamento può, ad esempio, essere individuato nella celebre sentenza n. 10 del 2015, là ove essa affronta la problematica relativa al potere della Corte di disporre degli effetti temporali delle sentenze di accoglimento. Si condivide o meno quanto vi si legge, è abbastanza evidente l'impegno argomentativo per offrire alla scelta compiuta un orizzonte ampio e, specialmente, per definirne ragioni e termini<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Né intendo riferirmi alla eventualità che la Corte possa fissare il quadro delle condizioni per l'addizione “a rime adeguate” facendo uso della sua potestà di auto-normazione, mediante la quale, «nel quadro della più ampia razionalizzazione delle tecniche decisorie [...], prescrivere] rigorosamente le [...] condizioni obbligatorie [...] per potersi “sottrarre” al limite delle c.d. rime obbligate» (così A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione?*, cit., 137).

<sup>42</sup> Avverte il rischio, per la Corte, di «“armeggiare” disinvoltamente con l'ordinamento, alla disperata ricerca di “grandezze esistenti” utilizzabili alla bisogna» N. ZANON, *I rapporti*, cit., 91, il quale aggiunge che tali grandezze «potrebbero risultare assai discutibilmente “omogenee” rispetto a quella caducata, e la stessa affermata provvisorietà dell'intervento, giustificata dalla necessità di assicurare la superiorità della Costituzione, oltre a manifestare una carenza di autorevolezza nella soluzione prescelta, potrebbe non compensare l'accusa di ingerenza nella discrezionalità legislativa. Si devono invece svolgere valutazioni rigorosamente “relazionali”, attraverso cui dimostrare che la disciplina prescelta per sostituire quella caducata risulta avvinta a quest'ultima da un nesso reale e stretto». Analogamente M. LUCIANI, *Ogni cosa*, cit., 198 ritiene che la ricerca della grandezza normativa esistente debba essere condotta, non su vasta scala ordinamentale (c.d. approccio macro), ma in prospettiva circoscritta (c.d. approccio micro), attenendosi «alla logica specifica delle singole disposizioni normative censurate» così da ricondurle «a costituzionalità nella loro distinta individualità».

<sup>43</sup> Cfr. l'intero punto 7 del *considerato in diritto*.

Ma, quantomeno per evidenti motivi di comunanza tematica, forse ancor più intuitivo, benché riguardi una competenza assai diversa dal sindacato di legittimità costituzionale, è il richiamo alla sentenza n. 36 del 1997, resa in sede di giudizio di ammissibilità delle richieste di *referendum* abrogativo. In quell'occasione infatti, come noto, la Corte elaborò per la prima volta gli “indici” della manipolazione ammessa mediante lo strumento ablatorio popolare. Orbene, lungi da me dal prospettare fantasiose traslazioni e senza esprimere alcun giudizio sulla bontà e definitezza dell'operazione effettuata, quel che mi interessa porre in luce è l'approccio seguito, lo sforzo indicativo posto in essere. Lì, è vero, richiesto dalla natura stessa e dalla configurazione concretamente assunta dal controllo sull'ammissibilità delle richieste referendarie; nel nostro caso, tuttavia, suggerito dal nuovo indirizzo intrapreso dalla giurisprudenza costituzionale e dalla necessità di poter fornire una “bussola” alla platea degli interlocutori della Corte<sup>44</sup>.

Bussola, la cui indicazione richiede, com'è ovvio, un certo zelo nel rimanervi fedeli.

Una volta definita la bussola è, altresì, necessario opportunamente valorizzare il ruolo del giudice remittente cui deve spettare il compito di orientarne l'ago. L'indicazione del “verso” della richiesta addizione, intesa qui come individuazione della soluzione legislativamente potabile ovvero sia della grandezza normativa di riferimento su cui poggiare l'addizione, appare – ancor più di quanto già si potesse dire in passato<sup>45</sup> – elemento cruciale di una sinergia giudici-Corte idonea a far sì che quella, se del caso, prescelta dalla Corte nella sentenza di accoglimento manipolativa sia una soluzione integrativa del dettato legislativo *sostenuta e solidalmente condivisa dal giudice rimittente* piuttosto che frutto del solitario parto della Corte<sup>46</sup>. Pur verificandosi evenienze di affrancamento dalla soluzione giudiziale<sup>47</sup>, ritengo che, una volta abbandonato il porto sicuro della tradizionale declinazione della dottrina delle rime obbligate un simile sodalizio e, in certo qual senso, la corresponsabilità nella decisione che esso reca con sé costituiscano, per la Corte, un presidio significativo<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Ritieni, anche a questo proposito, che si possa rispondere alla medesima esigenza attraverso una regolazione posta dalla Corte nell'esercizio della potestà di auto-normazione. A. SPADARO, *Involuzione - o evoluzione?*, cit., 138.

<sup>45</sup> Sia consentito qui il richiamo a F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta addizione*, in *Giur. cost.*, 1990, 519.

<sup>46</sup> Cui, peraltro, neppure dovrebbe essere rimessa l'incombenza di selezionare una soluzione fra quelle indicate dal giudice nel *petitum* additivo “plurimo”, quasi ad essere assegnato alla «Corte il compito di sciogliere l'alternativa» (così, ad esempio, sent. n. 154 del 2021).

<sup>47</sup> Come nel caso in cui, quella prospettata dal giudice *a quo* sia una soluzione di mero annullamento che, non ritenuta praticabile dalla Corte, spinga quest'ultima a maturare l'opzione manipolativa e di conseguenza ad individuare “in proprio” il “punto di riferimento” o la “grandezza normativa” idonea a fare da sponda all'addizione (è quanto accaduto, ad esempio, in occasione della sentenza n. 40 del 2023, di cui si dice oltre); od anche nella ipotesi nella quale il giudice indichi un referente normativo per l'addizione o sostituzione, ma sia dalla Corte ritenuto inadeguato a risolvere il problema di costituzionalità, a fronte della possibilità di individuarne (ancora in proprio, quindi) uno più idoneo (cfr., ad esempio, sent. n. 222 del 2018).

<sup>48</sup> Questo tanto più laddove si mostri di condividere l'affermazione secondo cui, l'indicazione del verso dell'addizione richiesta alla Corte da parte del giudice remittente sarebbe, in fin dei conti, «il più aggiornato *tentativo giustificatorio* di quella giurisprudenza additiva della Corte costituzionale che, sul piano teorico, ha trovato tanto sostegno nella dottrina delle *rime obbligate*» (F. MODUGNO, P. CARNEVALE, *op. e loc. ultt. citt.*). Istruttiva, a questo riguardo, la vicenda che precede l'accoglimento della questione relativa alla fornice editale per il reato di cui all'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990 tra fatti di lieve e non lieve entità aventi ad oggetto sostanze stupefacenti, operato dalla più volte citata sentenza n. 40 del 2019. La medesima questione, infatti, era stata già sollevata dinnanzi alla Corte, che si è pronunciata al riguardo con le sentenze 13 gennaio 2016, n. 23 e 1° giugno 2016, n. 148. Trattasi di due decisioni di inammissibilità ove, pur emergendo embrionalmente l'illegittimità costituzionale della normativa in parola,

#### 4. L'attenuazione dell'argine della discrezionalità legislativa e l'ampliamento del margine del ricorso alla manipolazione additiva: quale reciproca implicazione fra questi due indirizzi?

I due recenti indirizzi giurisprudenziali in tema di manipolazione ammessa e di doppia pronuncia sin qui esaminati sono fra loro abbastanza intrecciati, posta la relazione di intercessione funzionale che lega fra loro la scelta della Corte di considerare, da un lato, la discrezionalità legislativa come un argine non insormontabile (o solo temporaneamente insormontabile) al proprio sindacato e, dall'altro, più ampio di quanto fin lì ritenuto il margine a disposizione del proprio intervento censorio di tipo manipolativo. Come già accennato, il secondo orientamento pare lo sbocco naturale del primo: in tanto il giudice costituzionale può opinare, in sede di prima pronuncia di inammissibilità, che la salvaguardia della discrezionalità legislativa rappresenti per il proprio sindacato un ostacolo solo “allo stato”, reputare poi che la disciplina impugnata sia illegittima, indi candidare il legislatore a risolvere il problema e soprattutto minacciare, in ipotesi di inutile decorso del tempo, la declaratoria di incostituzionalità; in quanto poi lo stesso giudice si doti dello strumentario necessario a dar seguito, se del caso, alla minaccia<sup>49</sup>.

Senonché, una tale sinergia è destinata a configurare un nesso di implicazione imprescindibile o, meglio, un rapporto di causalità necessaria? Più che un *nesso* – si potrebbe dire con un gioco di parole – una *camicia di Nesso*?

Penso di no, la risposta negativa discendendo, a mio modo di vedere, da una più attenta messa a fuoco delle condizioni proprie delle due strategie decisionali.

Mi spiego subito.

---

L'accoglimento da parte del Giudice delle leggi sembra essere stato impedito dal fatto che il giudice *a quo* non si sia premurato di individuare ed indicare, nell'ordinanza di remissione, quale potesse essere la soluzione costituzionalmente obbligata per superare la prospettata incostituzionalità. Come si legge, ad esempio, nella sentenza n. 148 del 2016, «secondo un orientamento costante della giurisprudenza costituzionale – ribadito da ultimo nella sentenza n. 23 del 2016, proprio in relazione al trattamento sanzionatorio relativo alle violazioni previste dal d.P.R. n. 309 del 1990 –, affinché sia consentito a questa Corte esaminare eventuali profili di illegittimità costituzionale dell'entità della pena stabilita dal legislatore, è necessario che il giudice rimettente individui “un parametro che consenta di rinvenire la soluzione costituzionalmente obbligata [...]” (sentenza n. 23 del 2016). [...] Nella specie, invece, il rimettente si è limitato a chiedere la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione sanzionatoria censurata, senza curarsi di indicare un parametro che consenta di rinvenire una soluzione costituzionalmente obbligata e senza neppure precisare quale sia il trattamento sanzionatorio che, a suo avviso, sarebbe conforme a Costituzione» (parr. nn. 2.1 e 2.2 del *Considerato in diritto*). È interessante notare come nella più recente decisione sulla medesima questione – la appena ricordata sentenza n. 40 del 2019 – l'accoglimento si fondi integralmente ed espressamente sulla soluzione individuata dal giudice rimettente. Una soluzione che, come chiarisce la Corte, il giudice *a quo* ha ricavato «da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore» (così Corte cost., sentenza 23 gennaio 2019, n. 40, par. 5.3 del *Considerato in diritto*). In questo caso, dunque, la corretta indicazione del “verso” da seguire, frutto di un'attenta e non arbitraria ricostruzione del quadro normativo di riferimento, ha consentito di superare quegli ostacoli che in precedenza avevano fatto propendere il giudice delle leggi per delle pronunce di inammissibilità.

<sup>49</sup> Già per tempo G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 310 s. aveva del resto osservato che l'adozione di pronunce in cui l'incostituzionalità viene accertata ma non dichiarata, con «[la] riserva che, alla successiva occasione, la Corte non potrebbe non trarre le conseguenze del precedente riconoscimento, questa volta dichiarando l'illegittimità costituzionale della legge», si accompagna sempre all'ammonimento di un futuro accoglimento, celando – per l'appunto – il meccanismo della «doppia pronuncia» nei confronti del legislatore.

La prima osservazione che viene da fare è che non è assolutamente detto che la decisione con cui viene pronunciata l'inammissibilità per discrezionalità legislativa con censura di incostituzionalità incorporata *possa* avere un seguito in termini di incostituzionalità manipolativa. A questo riguardo, a mio modo di vedere, sotto l'ampia chioma del limite della discrezionalità del legislatore bisogna distinguere il caso in cui la ragione stia nella pluralità delle scelte possibili da offrire come soluzione del problema di costituzionalità da quello per cui l'eccedenza dai poteri di decisione della Corte dipenda da altri fattori: il richiedere quella soluzione – che so – una riforma di sistema<sup>50</sup>, un rimodellamento della disciplina del settore che va ben al di là della manipolazione della normativa oggetto della *quaestio*<sup>51</sup>, oppure ancora l'introduzione di innovazioni estranee rispetto al contesto normativo<sup>52</sup> e via dicendo<sup>53</sup>. Non solo, la stessa ipotesi della molteplicità di soluzioni possibili andrebbe al suo interno sezionata e distinta in due sub-ipotesi: quella della *pluralità astratta* da quella della *pluralità concreta*. Ebbene, in questa ultima circostanza – per quanto già osservato – laddove invero quella pluralità non si presenti come apparente in ragione del rapporto privilegiato che *soltanto una* delle soluzioni di riferimento vanta nei confronti della normativa sotto scrutinio<sup>54</sup>, l'inammissibilità per discrezionalità legislativa non dovrebbe essere seguita, in caso di risollevarzione, da una sentenza di accoglimento manipolativa, bensì da una reiterata decisione di inammissibilità<sup>55</sup>.

<sup>50</sup> «Innanzitutto, pur a fronte di una disposizione non priva di criticità sotto il profilo costituzionale [...], questa Corte prende atto che, per rimuovere il *vulnus* lamentato dal giudice *a quo* [...] sarebbe necessaria una riforma di sistema idonea a farsi carico di molteplici profili». Cosa che, eccedendo dai compiti del giudice costituzionale, rende invece «necessario un intervento di competenza del legislatore» (così indicativamente sent. n. 177 del 2022).

<sup>51</sup> «Le soluzioni capaci di ridurre le incongruenze segnalate sono plurime, nessuna priva di controindicazioni, e soprattutto nessuna costituzionalmente obbligata [...]. La scelta tra l'una e l'altra non può che competere al legislatore, trattandosi in definitiva di rimodellare l'architettura complessiva del microsistema [...]. Pur segnalando la reale esistenza di un problema sistemico, le questioni sollevate dal Tribunale di Roma tendono ad una pronuncia additiva che imponga una tra le varie opzioni riservate alla discrezionalità del legislatore, ciascuna delle quali reclama, peraltro, interventi di dettaglio, correttivi e cautele, eccedenti l'ambito della giurisdizione costituzionale» (così, fra molte, sent. n. 143 del 2022).

<sup>52</sup> Come laddove il *petitum* giudiziale postuli «che si introduca un nuovo strumento del tutto eccentrico rispetto al sistema [...] il quale] comporterebbe l'immissione nell'ordinamento di una “novità di sistema” (sentenze n. 103 del 2021, n. 250 del 2018 e n. 250 del 2012; ordinanza n. 266 del 2014), che richiede “soluzioni normative che mai potrebbero essere apprestate in questa sede, implicando [...] scelte di modi, condizioni e termini che non spetta alla Corte stabilire” (sentenza n. 148 del 1994)» (così, ma solo a titolo esemplificativo sent. n. 146 del 2021).

<sup>53</sup> V., in proposito, la lucida analisi e l'efficace rassegna offerte da G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, II, cit., 238 ss.

<sup>54</sup> Di modo da evitare il pericolo di un giudice costituzionale che, in un sistema slabbrato come il nostro, faccia «il *cherry picking* tra le innumerevoli previsioni normative collocate “in qualche luogo nell'ordinamento” [cfr. P. VERONESI, *La Corte costituzionale “affina, frena e rilancia”: dubbi e conferme nella sentenza sul “caso Cappato”*, in *BioLaw Journal*, n. 1/2020, 17], a fronte di una molteplicità indefinita di “soluzioni”», così che l'opzione compiuta finirebbe per essere contrassegnata da un margine tale di libertà da assomigliare sin troppo alla «discrezionalità politica del legislatore» (così M. LUCIANI, *Ogni cosa*, cit., 200). A quest'ultimo proposito, viene da osservare che la “somiglianza” sarebbe data dal fatto che alla discrezionalità *della scelta* legislativa, propria del normatore, si sostituirebbe la discrezionalità *sulla scelta* (tra quelle operate dal normatore) esercitata dalla Corte costituzionale. Insomma, una sorta di meta-discrezionalità.

<sup>55</sup> Non sembra avvertire il problema il nostro giudice costituzionale quando afferma, con assoluta disinvoltura, che, una volta accertata l'incostituzionalità della normativa impugnata, «non può essere di ostacolo all'esame nel merito della questione di legittimità costituzionale l'assenza di un'unica soluzione “a rime obbligate” per ricondurre l'ordinamento al rispetto della Costituzione, ancorché si versi in materie riservate alla discrezionalità del legislatore [...] ; posto che] la “ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale risulta [...] condizionata non tanto dall'esistenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nell'ordinamento di *una o più soluzioni costituzionalmente adeguate*, che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal

Peraltro, in simili evenienze sarebbe altresì opportuno che anche l'eventuale monito al legislatore contenuto nella pronuncia di inammissibilità sia fraseggiato in termini di sollecitazione, anche energica e vigorosa, senza tuttavia alcuna prefigurazione di non ulteriore tollerabilità del *vulnus* rilevato. Insomma, un monito senza la minaccia di una possibile declaratoria di incostituzionalità che, da un verso, rischierebbe di andare incontro ad una futura smentita o, dall'altro, di trovare una conferma, ma al prezzo di un intervento della Corte che andrebbe ben al di là della rivisitata posizione in tema di rime obbligate e di manipolazione ammessa.

Per contro, neppure la sentenza manipolativa della Corte deve avere necessariamente alle spalle una previa pronuncia di inammissibilità per discrezionalità legislativa.

Meglio, è opportuno che sia così ogniqualvolta, pur in presenza di “una soluzione costituzionalmente adeguata, incardinata su un punto di riferimento plausibile, già presente nel sistema”, la varietà delle risposte costituzionalmente compatibili e la valutazione dell'impatto dell'intervento richiedano, per dare conveniente risposta al problema di costituzionalità, la previa esperibilità del rimedio legislativo. Ad esigerlo – come già detto – prima ancora che l'ossequio della sfera discrezionale del legislatore, è il rispetto della conformità a Costituzione dell'ordinamento<sup>56</sup>.

Laddove, invece, la decisione manipolativa si fondasse sul presupposto di una soluzione costituzionalmente imposta, rimanendo così nel recinto della tradizionale declinazione della teorica delle rime obbligate, ma anche di una soluzione inescapabile dettata dalla legislazione vigente (potrei dire: *legislativamente imposta*), allora non dovrebbero esserci remore per la Consulta ad addivenire “in prima battuta” all'accoglimento della questione di legittimità costituzionale. In questo caso, il ritardo nella retribuzione di giustizia (costituzionale) non troverebbe sufficiente giustificazione, sarebbe poco comprensibile; anzi, per usare il linguaggio della Corte, non tollerabile<sup>57</sup>.

A tale proposito, mi permetto sul punto un'ultima considerazione.

Credo che la Corte debba guardarsi da un duplice pericolo: da un verso, com'è più evidente, di denegare giustizia costituzionale a fronte di situazioni normative che reclamerebbero il suo intervento di presidio della Costituzione; dall'altro, di retribuire giustizia “ad ogni costo”. Scampare dalla prima insidia non deve significare cadere nelle braccia della seconda. In ambo le ipotesi, infatti, si registra un venir meno al suo ruolo di giudice chiamato a far fronte ad un problema di costituzionalità, fornendo sì la risposta ad

---

legislatore”» (così, ad esempio, sentenza n. 62 del 2022, punto 7.1 del *cons. in dir.* [ma analogamente sent. n. 63 del 2021], *corsivo ns*).

<sup>56</sup> In questa prospettiva s'è colta la natura divaricante della sentenza n. 253 del 2019 – con la quale la Corte ha fatto venir meno il requisito dell'esercizio dell'utile collaborazione quale condizione imprescindibile per l'accesso al permesso premio a favore dei condannati, a pena perpetua o temporanea, per reati c.d. ostativi, ricompresi nell'elenco di cui all'art. 4-bis ord. penit. – in cui la soluzione “adeguata” individuata, oltre a presentare tratti di esorbitanza (cfr., in tal senso, M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate?*, in *federalismi.it*, 3/2021, 61-62), non è stata preceduta da una chiamata in causa del legislatore, trattandosi di pronuncia resa “in prima battuta”, in assenza di previe «censure di incostituzionalità» (G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consulta online, Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, 3 febbraio 2020, 5). A questa pronuncia può senz'altro aggiungersi anche la successiva sentenza n. 40 del 2023 di cui si dice *infra* in nt. (60).

<sup>57</sup> Cfr., in proposito, M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche*, cit., 653.

una domanda di giustizia proveniente da una vicenda concreta, ma dovendo altresì misurare quella risposta anche alla luce degli effetti prodotti sull'ordinamento, giacché, come è stato detto, «il nucleo fondativo della giustizia costituzionale è la garanzia (non il pregiudizio) dell'ordinata vita dello Stato e del diritto, nel senso della costituzionalità»<sup>58</sup>. Si potrebbe dire che, anziché indirizzare il proprio operato all'esclusivo servizio dei contrastanti estremi del *fiat iustitia et pereat mundus*, da una parte, o del “denegare giustizia”, dall'altra, la Corte debba assicurare, «sì, la supremazia della Costituzione, ma “quale è concretamente conseguibile in ragione dei casi e della sintesi di valore da essi richieste”»<sup>59</sup>. Se si vuole, hegelianamente, *fiat iustitia ne pereat mundus*.

Questo richiede, per quanto qui più direttamente concerne, che essa in modo equilibrato debba, volta a volta, vestire i panni del solutore primo, del solutore secondo, ma anche del non solutore pur a fronte dell'inerzia del solutore ottimale<sup>60</sup>.

Certo, mi rendo ben conto che questa sia una sorta di massima di saggezza, facile a dirsi in astratto ma non anche a declinarsi in concreto. Ma questo è il vantaggio che offre militare nelle fila di ciò che si suole definire come “dottrina” e non in quelle di chi fa giurisprudenza. E io, in questo caso, intendo davvero avvalermene.

<sup>58</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle sue pronunce*, in *Quad. cost.*, 1989, 87.

<sup>59</sup> Così R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale per ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007, 62, citando all'uopo A. RUGGERI, *Corte costituzionale e Parlamento (in chiaroscuro)*, in *Foro it.*, 2000, V, 22.

<sup>60</sup> Non può non segnalarsi, a questo riguardo, la recentissima sentenza n. 40 del 2023 con cui la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4, comma 1, primo periodo, del decreto legislativo 19 novembre 2004, n. 297, recante «Disposizioni sanzionatorie in applicazione del regolamento (CEE) n. 2081/92, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni di origine dei prodotti agricoli e alimentari», nella parte in cui prevede la sanzione amministrativa pecuniaria «di euro cinquantamila», anziché «da un minimo di diecimila a un massimo di cinquantamila euro». Ciò in ragione del fatto che una punizione fissa e non graduabile per un'ampia gamma di condotte illecite aventi un diverso grado di disvalore si pone in rotta di collisione con l'esigenza di necessaria congruità fra sanzione e illecito sanzionato, onde la sua irragionevolezza. Il fatto è, però, che l'operazione di sostituzione ha richiesto una manipolazione assai audace. Da un verso, infatti – come s'è già rilevato – essa è compiuta in assenza di indicazione del “verso” della manipolazione da parte del giudice, per cui la soluzione adottata è frutto dell'autonoma scelta della Corte. Non solo, questa discende dall'individuazione di un “punto di riferimento” normativo – «l'art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 20 del 2018, che punisce con sanzione graduabile le violazioni degli organismi di controllo sui prodotti BIO. Esso prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da un minimo di diecimila (e sino ad un massimo di trentamila euro) all'organismo di controllo che commetta illeciti nello svolgimento delle attività delegate» – il quale però viene assunto come tale previa la sua “depurazione”, assumendolo cioè a referente *pro parte*, limitatamente alla previsione del minimo edittale – 10 mila euro – e non anche del massimo – 30 mila euro. Il massimo edittale resta, infatti, quello fissato dalla normativa impugnata che quindi, ad onta dell'“anziché” contenuto nel dispositivo della pronunzia, più che sostituita appare in realtà oggetto di addizione. Il tutto senza che vi fosse, in questo caso, una precedente decisione di inammissibilità per discrezionalità legislativa con invito ad intervenire rivolto al legislatore a fare da giustificazione al non ulteriormente differibile intervento del giudice costituzionale. Ebbene, proprio la complessiva arditezza dell'operazione manipolativa posta in essere, più che la decisione immediata, avrebbe forse avuto bisogno di un previo tentativo di chiamata in causa del legislatore, cui peraltro la Corte *more solito* rivolge attenzione postuma, precisando in chiusura che la «misura sanzionatoria indicata s'intende naturalmente modificabile dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, con altra, purché rispettosa del principio di proporzionalità (sentenze n. 40 del 2019 e n. 222 del 2018)» (punto 6 del *cons. in dir.*).

## 5. Il rapporto Corte-legislatore alla luce della nuova tecnica del rinvio della trattazione della causa a data fissa

Il discorso svolto sin qui non potrebbe, però, concludersi senza prestare attenzione ad un'ultima rilevante problematica. Ad irrompere fragorosamente sul fronte dei rapporti fra Corte e legislatore nella più recente stagione della giurisprudenza costituzionale è infatti intervenuto il ricorso alla nuova tecnica decisoria “bifasica” imperniata sull'intreccio fra una prima decisione processuale di rinvio della trattazione della causa a data predeterminata – riccamente abbigliata delle vesti del (diffusamente argomentato) preannuncio d'incostituzionalità – cui far seguire, *se del caso*, una seconda decisione nel merito, chiamata a dar seguito a quel preannuncio all'atto della scadenza del termine fissato. L'espressione *se del caso* si deve qui al fatto che a giustificare la scelta del rinvio della trattazione della questione è la chiara individuazione del “solutore ottimale” del problema di costituzionalità sottoposto all'attenzione del giudice costituzionale nel legislatore rappresentativo, il quale è fortemente invitato ad intervenire nell'arco temporale fra la prima e la seconda pronuncia.

Tre sino ad ora le vicende che hanno visto la Corte valersi di questa inedita soluzione: quella relativa alla criminalizzazione dell'aiuto al suicidio (c.d. caso Cappato-Antoniani); quella riguardante il trattamento penale della diffamazione a mezzo stampa; quella, infine, concernente il c.d. ergastolo ostativo.

Ebbene, il conio della nuova tecnica decisoria è certamente frutto della medesima seminazione all'origine degli indirizzi giurisprudenziali già esaminati. A dichiararlo è la stessa Corte costituzionale nella prima pronuncia di questo nuovo corso – ordinanza n. 207 del 2018 – là ove afferma che in «situazioni analoghe a quella in esame, questa Corte ha, sino ad oggi, dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito fosse rimasto senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale (ad esempio: sentenza n. 23 del 2013 e successiva sentenza n. 45 del 2015). Questa tecnica decisoria ha, tuttavia, l'effetto di lasciare in vita – e dunque esposta a ulteriori applicazioni, per un periodo di tempo non preventivabile – la normativa non conforme a Costituzione. La eventuale dichiarazione di incostituzionalità conseguente all'accertamento dell'inerzia legislativa presuppone, infatti, che venga sollevata una nuova questione di legittimità costituzionale, la quale può, peraltro, sopravvenire anche a notevole distanza di tempo dalla pronuncia della prima sentenza di inammissibilità, mentre nelle more la disciplina in discussione continua ad operare». Il che però «non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti».

A costituire il principale elemento di discriminazione fra la strategia della doppia pronuncia di cui s'è detto sinora e quella adesso in considerazione è la riduzione del margine di incertezza della pronuncia di merito della Corte sulla sollevata *quaestio legitimitatis*: nella prima riguardando sia l'*an* che il *quando*; nella seconda limitandosi invece solamente all'*an*, ancorché

in questo caso si tratti di “eventualità” legata alla circostanza che il legislatore (come auspicato dalla Corte) intervenga, destinata tuttavia a dissiparsi nell’ipotesi opposta. Quindi, un’incertezza soltanto momentanea e congiunturale, con una significativa possibilità di trasformarsi in certezza.

L’assoluta novità rappresentata, nel pur ampio panorama degli strumenti e delle formule decisorie elaborati dalla Corte costituzionale, dalla tecnica del rinvio “a data fissa” ha, come noto, attirato una non comune attenzione da parte degli studiosi e dei commentatori, tanto da dare la stura ad una letteratura quasi alluvionale, in cui credo sia stato detto davvero molto, se non tutto il dicibile.

In questo ricchissimo dibattito vorrei ritagliarmi lo spazio per qualche considerazione più strettamente aderente al tema qui trattato. Intendo, cioè, affrontare la questione della ricaduta di una simile tecnica decisoria nella (ri-)definizione dei rapporti fra Corte e legislatore. E lo faccio muovendo da un interrogativo che in qualche modo dà voce ad un ricorrente rilievo critico: se ed in qual misura questo nuovo approdo costituisce un ulteriore avanzamento in quella che è stata definita come una sorta di manovra di accerchiamento della prima nei confronti del secondo? Ed anche: può esso rappresentare un ultimo tassello di una stagione condotta all’insegna di una maggiore aggressività nei confronti della sfera decisionale del legislatore, i cui presupposti-precursori vanno individuati nei nuovi orientamenti maturati in tema di discrezionalità legislativa e rime “attenuate”?

Si tratta, a questo riguardo, di tentare una valutazione comparata – ovviamente sotto il profilo che qui interessa – tra gli indirizzi appena richiamati e sin qui esaminati e la tecnica del ricorso all’ordinanza di rinvio a data fissa. Lo si può fare enucleando alcuni “indicatori” alla cui stregua valutare e misurare il condizionamento esercitato dalla Corte sul legislatore e, quindi, se del caso accertare l’eventuale salto di qualità operato dalla prima.

- a) Per prima cosa, credo che sia necessario apprezzare il grado di incidenza dell’agire del giudice costituzionale sull’agenda del legislatore. A mio modo di vedere, non ravviso sul punto significative differenze, trattandosi di effetti sostanzialmente equiparabili. Sia nel caso della pronuncia di inammissibilità con promessa di futura incostituzionalità “alla prossima occasione” che in quello dell’ordinanza di rinvio a data fissa con analoga prospettiva, mi pare si registri un identico tentativo della Corte di metter le mani sul calendario dei lavori parlamentari, inserendovi una *issue* particolare. Tentativo dinanzi al quale il legislatore si trova egualmente interpellato ed inciso nella sua sfera di libera determinazione degli argomenti da mettere all’ordine del giorno.
- b) In tutti e due i frangenti, il legislatore resta il soggetto “preferito” per dare risposta al problema di costituzionalità e la Corte rimane quello “non preferito”. E questo, non solo prima dell’eventuale decisione nel merito di quest’ultima, ma anche dopo.
- c) In ambo le ipotesi si riscontra, ad opera del giudice costituzionale, una somministrazione di indicazioni, suggerimenti, scelte da operare da parte del legislatore in cui si registra una variabilità di toni, spessore e definizione non troppo diversa.

d) Infine, in entrambi i casi assolutamente identica è la “minaccia” ed il “ricatto” cui è soggetto il legislatore: la prefigurata sanzione della incostituzionalità della legge.

A costituire, invece, un chiaro fattore differenziale nelle due evenienze è, per quanto qui più direttamente rileva<sup>61</sup>, la definizione dell’arco temporale in cui la “minaccia” appena evocata si può avverare, giacché nel caso dell’ordinanza di rinvio della trattazione della causa il termine di (possibile) avveramento è predeterminato dalla Corte, in quello della pronuncia di inammissibilità per discrezionalità legislativa con prefigurazione di un secondo intervento di stampo sanzionatorio, quest’ultimo è assolutamente incerto nel *quando* (oltre che nell’*an*), onde per agire il legislatore ha dinanzi a sé un tempo non prefissato. Nell’una ipotesi, la Corte costituzionale decide sia l’incostituzionalità della legge che il tempo della sua eventuale dichiarazione; nell’altra, invece, quest’ultima determinazione sfugge alla stessa, essendo rimesso ai giudici il compito di chiamare nuovamente in causa il giudice delle leggi perché “l’accertato” venga anche “dichiarato”.

Insomma, con la nuova tecnica decisoria il giudice costituzionale non solo intende metter mano all’agenda del legislatore immettendovi l’argomento da trattare, ma prescrive altresì il tempo di trattazione, stabilendone il termine ultimo, così da incidere sull’autonomia delle Camere, la quale – per usare le stesse parole della Corte – «si estrinseca non solo nella determinazione di cosa approvare, ma anche di quando approvare»<sup>62</sup>. Mi rendo conto che non sia una novità di poco momento.

Due considerazioni mi spingono, tuttavia, ad operare un qualche ridimensionamento.

Mi sovviene, innanzitutto, un argomento utilizzato dai detrattori della tecnica in questione.

Si osserva, invero, che la fissazione di un termine a legiferare possa andare incontro ad una sorta di eterogenesi del fine, finendo per rappresentare, piuttosto che un pungolo, un disincentivo all’intervento del legislatore. Questi, difatti, avendo di fronte “già fissata” la data di esecuzione della condanna a morte della legge potrebbe essere fatalmente indotto ad attendere l’(ormai sicura) irrogazione della pena capitale da parte del giudice costituzionale, la cui certezza d’intervento avrebbe perciò l’effetto di deresponsabilizzarlo,

---

<sup>61</sup> Non ci occupiamo, perché non conferente al tema trattato, dell’altro potenziale elemento distintivo dato dal residuo spazio di applicabilità della disciplina accusata di incostituzionalità dalla prima pronuncia nelle more dell’adozione della seconda. Eventualità che, sempre possibile laddove si ricorra alla tecnica della iniziale pronuncia di inammissibilità con monito e sinché non pervenga la successiva decisione di incostituzionalità, sarebbe invece esclusa – a dire della Corte – nel caso di doppia pronuncia di nuovo conio, visto che, ad «evitare che la norma possa trovare[...] applicazione *medio tempore*», da un verso, resta «nel frattempo sospeso [...] il giudizio *a quo*»; mentre, dall’altro, negli altri giudizi «spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate» (ord. n. 207 del 2018, punto 11 del *cons. in dir.*).

<sup>62</sup> Corte cost., ord. n. 149 del 2016.

invece che responsabilizzarlo<sup>63</sup> <sup>64</sup>. Ciò in quanto, specie laddove si tratti di questioni controverse, spinose o divisive, la tentazione di preferire l'azione della Consulta alla propria

---

<sup>63</sup> In tal senso, cfr. G. ZAMPETTI, *La "pronuncia doppia" nell'unico giudizio: i tempi della Corte e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 4/2021, 1580 ss., secondo cui il legislatore non sarebbe certo tenuto «a ovviare alle problematiche adombrate dalla Corte nel termine dalla medesima individuato, finendo anzi – contrariamente all'intento che anima i propositi della Corte – per sentirsi deresponsabilizzato dalla stessa riserva di decisione che il Giudice costituzionale mantiene per sé alla scadenza del breve periodo intercorrente tra il monito e la nuova udienza». Del resto, di implicita vocazione deresponsabilizzante nei riguardi del legislatore si era in passato parlato anche con riferimento alle pronunzie di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, ma in senso diametralmente opposto: prefigurando cioè che esse finissero per fornire al legislatore la garanzia «circa il fatto che nonostante l'eventuale protrarsi della sua inerzia, il passaggio dal monito all'accoglimento risulterà decisamente problematico, dovendosi ritenere assolutamente prioritaria, nella fattispecie, la necessità di preservare l'ordinamento dal determinarsi di pericolosi "vuoti" normativi» (R. PINARDI, *La sent. n. 256 del 1992 e l'efficacia monitoria delle decisioni di «rigetto con accertamento di incostituzionalità»*, in *Giur. cost.*, 1992, 1990 s.). Più di recente, di induzione all'inerzia nei confronti di Parlamento e Governo parla, in proposito, anche A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, n. 4/2019, 167. Torna, da ultimo, sul punto con ampia riflessione M. LUCIANI, *Ogni cosa, cit.*, spec. 207 ss. ed *ivi* il richiamo all'insegnamento di J. B. Thayer (*John Marshall*, 1901, 103 ss.) circa la tutela giudiziaria del legislatore in presenza del controllo di costituzionalità delle leggi, per sostenere che la nuova tecnica decisoria cospira ad alimentare quell'effetto di fuga dalla decisione in costanza del ricorso al giudice che, nel nostro sistema, dai funzionari pubblici finisce così per trasferirsi in capo al legislatore, posto che i parlamenti, «abituandosi alla tutela giurisdizionale [...] perdono lo stimolo alla coraggiosa assunzione del dovere di risposta politica» (*ivi*, 209).

Ritiene, da ultimo, «davvero semplicistico e fors'anche ingenuo [l'argomento] rivolto a sostenere che l'attuale, vero o presunto, più generale "attivismo giudiziario" possa avere come necessaria conseguenza l'incremento della "passività" del legislatore, come se questo, quasi meccanicamente, fosse destinato a non prendere decisioni o comunque a rinunciare a prendere decisioni razionali, perché sa che sarà poi il giudice costituzionale a farlo», M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, cit., § 6).

<sup>64</sup> Sia consentita sul punto una osservazione.

Invero, l'argomento dell'effetto deresponsabilizzante che la fissazione di un termine a provvedere da parte del giudice costituzionale nei confronti del legislatore reca con sé mi pare – come si dice – provare troppo. Nel senso che, da un verso, quella medesima conseguenza può ragionevolmente ascriversi anche a pronunzie monitorie in cui la Corte, senza predeterminare nel tempo e certificare una sua futura decisione d'incostituzionalità, si limita a minacciarla. Anche in quel caso, infatti, ove ritenga politicamente preferibile il non intervento, l'avvertimento della Corte piuttosto che a minaccia da cui guardarsi agli occhi del legislatore potrebbe apparire come un auspicio il cui compimento non resta che attendere, così da indurlo a ritrarsi, nell'attesa, nella *comfort zone* dell'inerzia. D'altra parte, quella della deterrenza nei riguardi del legislatore sembra questione che, prima ancora che riguardare qualche specifica tecnica decisoria, pare chiamare in causa l'esistenza stessa del controllo di costituzionalità delle leggi, giacché proprio la presenza nel sistema di un giudice in grado di conformare a Costituzione la legislazione può costituire per il legislatore un formidabile alibi per abdicare al suo compito fondamentale, quantomeno ogni qual volta si tratti di compito ritenuto politicamente divisivo o poco gradito. Viene qui da rammentare – solo per stare ad un macro-esempio tratto dalla nostra esperienza costituzionale – la fondamentale opera di bonifica dell'ordinamento dalla legislazione pre-costituzionale di stampo fascista che il Parlamento, nella prima fase di attività della Corte costituzionale, ha in certa misura preferito lasciare all'azione di quest'ultima piuttosto che alla propria. In conclusione, la problematica della potenziale ricollocazione della decisione dal legislatore rappresentativo al giudice costituzionale non sembra legarsi in modo peculiare alla tecnica decisoria della doppia pronuncia "di nuovo conio" qui in esame.

Del resto – mi sia consentita la digressione – una simile dinamica ha segnato anche il rapporto fra legislatore rappresentativo e legislatore popolare, posto che pure il valersi del *referendum* abrogativo – come mi è capitato di osservare in passato – non di rado ha trovato ragione nell'esigenza di «dirimere questioni che, pur appartenendo in modo inequivocabile al territorio della legislazione parlamentare, le forze politiche rappresentate in Parlamento non hanno menomamente la capacità di affrontare e risolvere», così da impropriamente convertire il *referendum* medesimo in «strumento surrogatorio (e deresponsabilizzante) della rappresentanza politica, capovolgendo il paradigma del meccanismo rappresentativo che carica l'onere decisionale sulle spalle del rappresentante in luogo del rappresentato». Si pensi soltanto al «succedersi lungo i decenni di molteplici iniziative referendarie per la modifica della legislazione elettorale per il rinnovo delle camere, tanto da trasformare quello che dovrebbe essere una sorta di *sancta sanctorum* dell'autonomia decisionale parlamentare in terreno elettivo di ricorso al popolo, erigendo il *referendum* abrogativo a strumento principe dell'innovazione istituzionale nel nostro Paese» (P. CARNEVALE, *I rischi dell'utopia della democrazia diretta*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 1/2020, 8). Anzi, si può aggiungere, per sovrammercato, che un simile "scambio" è, in qualche misura, all'origine stessa della nostra esperienza repubblicana, se è vero, come è vero, che la scelta di assegnare direttamente al popolo mediante *referendum* la definizione della forma istituzionale dello Stato, in luogo dell'Assemblea costituente come inizialmente disposto, ebbe tra le sue molteplici ragioni giustificative la non secondaria

– sia pur semmai riservandosi un intervento solamente a valle (a seguito, però, di una decisione che non ha assunto in prima persona) – sarebbe molto forte<sup>65</sup>.

In definitiva, essendo ancorati allo stesso *dies* il termine per legiferare e quello per decidere la questione di costituzionalità, si potrebbe dire che il secondo finisca per fagocitare il primo.

Senonché, se così è e quindi si avalla la predetta trasfigurazione funzionale della fissazione del termine, evidentemente a uscirne screditata è proprio la tesi del *surplus* di condizionamento esercitato da quella fissazione a carico legislatore. Questi sarebbe tanto poco coartato ad attivare l'esercizio della funzione legislativa *nel tempo della Corte* da trasformare quella costrizione in liberazione<sup>66</sup>.

Una seconda considerazione riguarda, invece, l'apprezzamento e la valutazione del termine. A questo proposito, vale la pena di osservare che la data di rinvio della trattazione della causa e perciò il *dies extremus* del tempo a disposizione del legislatore per approvare la legge richiesta dalla Consulta, come sin da subito intuito in dottrina, non deve essere inteso come un che di *irretrattabilmente definito*, quasi una sorta di irrimediabilmente tracciata *dead line*. Se invero, come accennato, quello in parola è un limite *double face* – che, in quanto termine a provvedere, ha un duplice destinatario: il legislatore e la stessa Corte – nondimeno non è difficile rintracciare in quella duplicità un destinatario primario ed uno secondario e quindi un volto protagonista ed uno più in ombra. La Corte, infatti, pone un termine sospensivo alla sua azione onde consentire al legislatore di avere, in base ad esso, un tempo per la ridisciplina della materia oggetto della questione sollevata. È questo pertanto il fine poziore dell'operazione di rinvio ed è alla luce di esso che va posto e risolto il problema della sua ragionevole gestione.

Nel senso che, laddove alla scadenza del termine ci si trovasse nella situazione per cui la mancata adozione della legge avvenisse in costanza di un avviato processo decisionale che testimoni una significativa maturazione della scelta delle Camere, alla luce dello stato di avanzamento dei lavori parlamentari e magari dell'avvenuta approvazione di un progetto di legge da parte di uno dei due rami del Parlamento, credo che la Corte dovrebbe verosimilmente abbracciare la soluzione dell'ulteriore rinvio e quindi della proroga offerta

---

esigenza di offrire una via di fuga dalla decisione che altrimenti – specialmente per la forza politica che si sarebbe rivelata maggioritaria in Assemblea costituente – «sarebbe stata traumatica» (L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 20).

<sup>65</sup> Sul punto, L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, cit., 368-370, osserva peraltro come l'inerzia del legislatore non sempre sia dovuta ad incapacità di decidere o di decidere efficacemente, ma spesso rappresenti una «precisa volontà di non decidere», il che si riscontra soprattutto quando vengono in rilievo temi eticamente o socialmente sensibili, vale a dire quelli per cui è più arduo «addivenire ad un compromesso fra le varie e alle volte inconciliabili posizioni di interesse che confluiscono nel procedimento legislativo». Per simili considerazioni, si veda anche N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 93.

<sup>66</sup> D'altronde, non è mancata una possibile lettura in tal senso persino delle pronunzie considerate tradizionalmente idonee ad aprire un fronte ostile nei confronti del legislatore, in quanto potenzialmente sostitutive dell'azione di quest'ultimo, quali le sentenze additive-sostitutive, cui la Corte costituzionale – s'è autorevolmente osservato – ricorre «un po' anche (sembra paradossale) per rispetto del Parlamento, per non metterlo, in certo senso, con le spalle al muro, di fronte ad un preciso obbligo da adempiere» (così L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, [a cura di], *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, Bologna, 1982, ora in CORTE COSTITUZIONALE, *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Roma, 2006, 958).

al legislatore<sup>67</sup>, senza spingersi a superare il limite temporale di garanzia della perduranza dell'integrità soggettiva del collegio<sup>68</sup>.

È proprio, come si sa, quello che la Corte ha mostrato di fare in occasione della terza e più recente occasione di utilizzo della tecnica decisoria in parola, quando, tornando a trattare della questione relativa al c.d. ergastolo ostativo e trovandosi dinanzi all'approvazione di «un disegno di legge da parte della Camera dei deputati, contenente una complessiva normativa di riforma della disciplina oggetto del presente scrutinio», ha per l'appunto ritenuto di fissare «un ulteriore rinvio dell'udienza, per consentire al Parlamento di completare i propri lavori» (ord. 122 del 2022).

Quel che semmai si può rilevare è che, nel caso di rinvio reiterato a registrarsi è un certo mutamento di ruoli nella dinamica relazionale Corte-legislatore. Se, infatti, nel caso dell'ordinanza di primo rinvio è la Corte costituzionale a dettare l'andatura al legislatore rappresentativo, in ipotesi di secondo rinvio motivato dalla presenza di spie dell'attività parlamentare svolta *medio tempore* dalle Camere in risposta allo stimolo della Corte costituzionale è quest'ultima, senza perdere tuttavia il possesso dell'orologio, ad allineare il proprio tempo «al “tempo” del legislatore»<sup>69</sup>, rifissando la scadenza.

Vengo, a questo punto, alla faccenda che a me pare più rilevante: quella cioè relativa al grado di condizionamento esercitato nelle scelte di merito del legislatore dalle indicazioni, dai rilievi e dai suggerimenti forniti nell'ordinanza di rinvio al fine di reintegrare il tessuto legislativo in senso conforme a Costituzione. S'è parlato, in proposito – come altre volte, invero, nella storia della giurisprudenza costituzionale – di una sorta di “pronuncia-delega” volta a funzionalizzare la (reclamata) azione legislativa all'attuazione degli indirizzi espressi dalla Corte costituzionale, ponendo il legislatore nella condizione o di dar seguito al corredo di “principi e criteri direttivi” dispensato dall'ordinanza di rinvio, in modo da evitare la declaratoria di incostituzionalità della normativa impugnata, oppure di decidere di non intervenire, lasciando campo libero alla seconda decisione della Corte e quindi alla

---

<sup>67</sup> Per questa ipotesi v. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato*, cit., par. 5; E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 69; C. LUZZI, *Intervento*, in A.A., *Il forum sull'ordinanza Cappato*, cit., 97. *Contra* A. RUGGERI, secondo il quale con la concessione di un ulteriore termine al legislatore, la Corte «perderebbe la faccia» agli occhi dell'opinione pubblica (cfr. A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta*, cit., 569; opinione poi ribadita in ID., *Venuto alla luce alla Consulta*, cit., 575).

Del resto, verrebbe da osservare che i segnali di un'attività legislativa in corso, così come possono essere all'origine stessa della scelta di rinviare la decisione – è il caso dell'ordinanza n. 132 del 2020 in cui la Corte afferma che l'esistenza di «vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa risultano allo stato in corso di esame avanti alle Camere», la spinge a ritenere «opportuno, in uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni, rinviare la decisione delle questioni ora sottoposte a una successiva udienza, in modo da consentire al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina in linea con i principi costituzionali e convenzionali sopra illustrati» – ove rincarati e più robusti possono giustificare l'adozione di una decisione di rinvio ulteriore – come avvenuto nel caso dell'ordinanza n. 122 del 2022 di cui si dice subito appresso nel testo.

<sup>68</sup> È quanto ipotizzato da G. FAMIGLIETTI, *Intervento*, cit., 95, secondo il quale nel caso Cappato la scelta della fissazione del termine al 24 settembre non è stata casuale: essa infatti ha permesso di garantire «un “cuscinetto temporale” (tuttavia non illimitato) prima della scadenza del mandato del suo attuale Presidente (il 9 dicembre)» Il rischio di un cambio di rotta della Corte conseguente ad un mutamento della composizione soggettiva della Corte è stato segnalato, tra gli altri, da A. RUGGERI, *Finalmente venuto alla luce*, cit., 575 ed E. GROSSO, *Il “rinvio a data fissa”*, cit., 23.

<sup>69</sup> N. FIANO, *Il fattore “tempo” nella giustizia costituzionale*, Milano, 2022, 264.

pronunzia di incostituzionalità della normativa originariamente impugnata, con la quale *quodammodo* dar seguito (essa stessa) a quel complesso di indicazioni che, rivolte *in primis* al legislatore, la vedrebbero trasformare da mittente in destinataria.

Insomma, per il legislatore l'alternativa sarebbe tra “obbedire e togliersi di mezzo”. Una vera e propria tenaglia, non c'è che dire.

Ma le cose stanno davvero così?

A me non sembra.

Parto da una breve digressione di carattere descrittivo.

Ebbene, nelle tre occasioni di sperimentazione della tecnica decisoria in esame si registra un certo mutamento di comportamento della Corte costituzionale che, nell'ordinanza del c.d. caso Cappato, indugia nella formulazione di una fitta serie di indicazioni e di avvertenze, elaborando una trama talora sin troppo minuziosa di istruzioni destinata poi a rifluire, a seguito del mancato intervento legislativo, in una decisione di accoglimento fortemente creativa. Nelle altre due circostanze, lo stile muta in modo significativo, limitandosi la Corte a fornire indirizzi più generali e vincoli meno stringenti al legislatore nella logica di una interlocuzione più aperta e maggiormente rispettosa del margine di apprezzamento del legislatore rappresentativo<sup>70</sup>.

Credo che ciò sia in buona misura ascrivibile alla assoluta peculiarità del caso trattato per primo e alla interna complessità della problematica ch'esso evocava, oltre al fatto che si trattasse di questione inedita ed inedito fosse il ricorso alla nuova tecnica di decisione che, per l'appunto, vestiva i panni dell'esordiente. Peculiarità, del resto, così specificamente sottolineata nell'ordinanza n. 207 del 2018, da far pensare ai primi commentatori che una simile decisione sarebbe stata destinata a rimanere un *unicum* nella giurisprudenza costituzionale<sup>71</sup>.

Tutto questo induce a guardare soprattutto ai casi successivi delle decisioni in tema di diffamazione a mezzo stampa ed ergastolo ostativo, onde poter avere una rappresentazione più spendibile della correlazione instaurata dalla Corte con il legislatore. E se lo si fa, come già detto, ci si accorge facilmente del diverso atteggiamento del giudice costituzionale.

Ad ogni buon conto, credo che la questione più importante al fine di opportunamente inquadrare il problema in esame, non sia tanto legata alla quantità o qualità delle indicazioni fornite dalle ordinanze di rinvio in termini di linee-guida dell'auspicato intervento del legislatore rappresentativo, quanto semmai all'esistenza o meno di un *potere di vigilanza* sul loro rispetto in capo alla Corte, una volta che la legge sia stata adottata.

Se di condizionalità, nei termini di cui s'è detto, si vuole parlare è infatti evidente che se ne possa discorrere solo e soltanto ove quel potere venga riconosciuto e con esso la possibilità di scrutinare e sanzionare l'eventuale non aderenza della nuova disciplina alle direttive impartite dal giudice costituzionale in sede di nuova trattazione della causa.

<sup>70</sup> Notazione, questa, assai diffusa tra i commentatori. V., ad esempio, M. MASSA, *La terza incostituzionalità “prospettata” e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2/2021 2 ss.; N. FIANO, *Il fattore “tempo” nella giustizia costituzionale*, cit., 248 ss.

<sup>71</sup> Cfr. E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., 543.

Soltanto così le direttive verrebbero effettivamente a trasformarsi in comandi e la Corte, da sollecitatore-suggeritore dell'azione legislativa in soggetto ordinante.

Dico subito che sarei assolutamente contrario.

Vero è che ad una simile eventualità pare alludere ancora una volta l'ordinanza n. 207 del 2018, là ove asserisce che in sede di «nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza del 24 settembre 2019 [...] potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela». Proprio il riferimento ultimo alle “segnalate esigenze di tutela” potrebbe far pensare ad un sindacato sul (sollecitato) *ius superveniens*, esercitabile alla “ripresa” della trattazione della causa assumendo a parametro le coordinate elaborate nell'ordinanza di rinvio. Di analogo tenore sembrerebbero anche le parole con cui si chiude la motivazione dell'ordinanza di primo rinvio sull'ergastolo ostativo (n. 97 del 2021) che, se attestano, da un verso, la spettanza in primo luogo al legislatore dell'onere di «ricercare il punto di equilibrio tra i diversi argomenti in campo, anche alla luce delle ragioni di incompatibilità con la Costituzione attualmente esibite dalla normativa censurata»; dall'altro, affermano che «compito di questa Corte sarà quello di verificare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte»<sup>72</sup>.

Mi sento tuttavia di escludere questa possibilità.

Innanzitutto perché, se di ripresa della trattazione della causa si tratta, pur con tutti gli aggiustamenti del caso, non credo si possa immaginare che la Corte in sede di seconda pronuncia possa decisamente mutare i termini della questione, sia per quanto riguarda l'oggetto che quantomeno i profili, se non il parametro, pena operare una forzatura davvero inaccettabile che, né gli indirizzi in tema di trasferimento dell'oggetto del giudizio dalla normativa originariamente impugnata allo *ius superveniens* intervenuto nelle more del giudizio di costituzionalità, né il ricorso all'espedito dell'auto-sollevazione potrebbero supportare.

D'altronde, l'eventuale trasferimento del giudizio dall'oggetto normativo originario a quello sopravvenuto “in quanto non in linea con le indicazioni della Corte” si porrebbe in contrasto con la logica complessiva dell'operazione messa in campo, la quale si impernia sulla (duplice) individuazione del legislatore come “solutore ottimale” del problema e la Corte costituzionale come “solutore gregario”, ma identifica più esattamente quest'ultima come “solutore sussidiario”, destinato cioè a risolverlo solo “in vece” o “in sostituzione” di quello, non “in parallelo”. Meglio, con il rinvio della trattazione della questione e il concorrente invito al legislatore ad intervenire nel frattempo, il giudice costituzionale si spossa non della questione, ma della sua risoluzione, salvo a recuperarne la disponibilità in mancanza della (e non in concorrenza con la) soluzione legislativa.

In sostanza, si tratta, a mio modo di vedere, di un affidamento della trattazione della questione alle prioritarie cure legislative espressivo di una fiducia che, data la loro natura, quelle cure siano in potenza le migliori per affrontare il (e dare adeguata risposta al)

<sup>72</sup> Sottolinea trattarsi di una sorta di *refrain* nelle pronunce di rinvio a data fissa N. FIANO, *Il fattore “tempo”*, cit., 262.

problema di costituzionalità sollevato<sup>73</sup>. Fiducia che, se è sincera, esclude che la Corte possa mantenere un potere di sorveglianza diretto ed immediato sul rispetto delle indicazioni solutorie da essa lumeggiate.

Certo, questo non significa che la Corte resti del tutto “fuori gioco”, ben potendo tornare a conoscere della legittimità costituzionale della disciplina legislativa “non in linea” ove oggetto di una nuova impugnativa. Il che però significa che, da una parte, il sindacato della Corte costituzionale in quel caso avverrebbe nel recinto del “chiesto” giudiziale e, dall’altra, l’iniziativa sarebbe ad essa sottratta, dovendosi per l’appunto attendere la promozione della questione di costituzionalità ad opera di un giudice. Più che rimanere fuori gioco, si potrebbe dire che la Consulta finirebbe in un gioco in cui non sarebbe più lei a “dare le carte”.

Ed allora, dell’“invito” a legiferare “raccolto” dal legislatore, sia o meno la nuova normativa conforme agli indirizzi espressi dalla Corte, quest’ultima non potrà che prenderne atto, dovendosi limitare a disporre in sede di nuova udienza – salva l’ipotesi di *ius superveniens* sostanzialmente riproduttivo – la restituzione degli atti al giudice *a quo*.

È del resto quel ch’è accaduto, come noto, in occasione della terza pronuncia in tema di ergastolo ostativo (ord. 227 del 2022) che – rilevando l’avvenuta adozione del d.l. n. 161 del 2022<sup>74</sup> in conseguenza dei «moniti rivolti dalla Corte costituzionale al legislatore per l’adozione di una nuova regolamentazione dell’istituto al fine di ricondurlo a conformità con la Costituzione» e nella «imminenza della data dell’8 novembre 2022, fissata dalla Corte costituzionale per adottare la propria decisione in assenza di un intervento del legislatore»; accertando, altresì, che la nuova normativa recata determina una «modifica complessiva della disciplina interessata dalle questioni di legittimità costituzionale in esame» e «che tale modifica [...] incide immediatamente sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall’ordinanza di rimessione» – «ordina la restituzione degli atti al giudice rimettente».

Vero è che in questo caso si trattava di disciplina sostanzialmente in linea con le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale<sup>75</sup> e, quindi, il mancato scrutinio operato da

---

<sup>73</sup> Peraltro, di questo *animus* è plasticamente rappresentativa la terza vicenda applicativa della tecnica in esame, quella cioè relativa all’ergastolo ostativo. Come è stato opportunamente osservato, infatti, la Corte ha in questo caso intrapreso la strada dell’ordinanza di rinvio di trattazione della causa pur avendo la possibilità di fare ricorso alla «*ratio decidendi*» della sent. n. 253 del 2019 in tema di permessi premio, [in forza della quale] sarebbe stato ben possibile accogliere subito la questione relativa alle disposizioni specificamente censurate “nella parte in cui escludono che possa essere ammesso alla liberazione condizionale il condannato all’ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-*bis* del codice penale [c.d. metodo mafioso], ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia”» (M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant’anni dalla legge n. 87 del 1953*, cit., § 4.3). E ciò, onde assicurare che il legislatore potesse «compiere le scelte che devono accompagnare l’eliminazione della mancata collaborazione ostativa all’accesso alla liberazione condizionale, attraverso una più compiuta disciplina che valorizzasse, tra l’altro, l’emersione delle ragioni della mancata collaborazione o l’eventuale introduzione di peculiari prescrizioni che governino il previsto periodo di libertà vigilata per il beneficiario del provvedimento di liberazione condizionale» (*ivi*).

<sup>74</sup> In questa sede non intendo occuparmi della delicata questione della idoneità dello strumento decreto-legge a raccogliere l’invito ad intervenire rivolto al legislatore dalla Corte costituzionale, intorno al quale si sono registrate opinioni favorevoli e contrarie. In tema v., da ultimo, criticamente L. PACE, *Del perché il decreto-legge non può essere il seguito dell’ordinanza di rinvio a data fissa. Ovvero: come scongiurare il sorgere dell’ennesima prassi abusiva in tema di decretazione d’urgenza*, in corso di pubblicazione, cui si rinvia per i necessari richiami.

<sup>75</sup> Del resto, il giudice *a quo* cui la Corte restituisce gli atti – *i. e.* la prima sezione penale della Corte di Cassazione – ha ritenuto di procedere all’annullamento dell’ordinanza del Tribunale di Sorveglianza competente affinché, alla luce

quest'ultima e il rinvio al giudice remittente non proverebbero a sufficienza che in ipotesi opposta non possa accadere il contrario. Quel che si può tuttavia osservare è che nell'accertamento compiuto circa la portata dello *ius superveniens*, pur risultando attentamente valutati i nuovi contenuti della disciplina recata dal d.l. n. 161 alla luce dei nodi e profili evidenziati nella (prima) ordinanza n. 91 del 2021, l'elemento decisivo appare l'incidenza immediata «sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione» e l'impatto «sull'ordito logico che sta alla base delle censure prospettate». Insomma, appare prevalere, a conti fatti, più la questione del perimetro che non quella del verso delle modifiche apportate.

Tornando quindi al discorso più generale, ne consegue che, una volta rinviati gli atti, potrà essere eventualmente il giudice *a quo* a chiamare nuovamente in causa il giudice costituzionale: o sulla normativa originariamente impugnata, nel caso in cui lo *ius superveniens* non sia ritenuto applicabile nel giudizio principale, o su quella sopravvenuta se, oltre che applicabile, sia reputata anch'essa di dubbia costituzionalità<sup>76</sup>.

Volendo, a questo punto, tirare le fila del ragionamento mi sembra di poter concludere che, se è vero quanto qui si è cercato di sostenere, le indicazioni fornite dalla Corte al legislatore nell'ordinanza di rinvio non possono essere intese come propriamente condizionanti, ma quali direttive che quest'ultimo, ove voglia raccogliere l'invito a normare, potrà seguire o disattendere senza che la prima abbia un immediato potere di replica (e di sanzione) sul punto.

Se ne deve dedurre che, le già richiamate allusioni ad un vaglio *ex post* sulla sopravvenienza legislativa contenute nella giurisprudenza costituzionale debbono essere interpretate come riguardanti sì la valutazione da compiere sull'intervento legislativo alla ripresa della trattazione della causa, ma solo per l'apprezzamento sull'entità dello *ius superveniens* ai fini del rinvio al giudice *a quo* e non certo per verificarne la conformità ai propri dettami e neppure per riscontrare ulteriori profili di incostituzionalità della nuova disciplina<sup>77</sup>.

Tutto questo potrà accadere, come già detto, solo laddove la Corte venga reinvestita del problema di costituzionalità con riguardo alla nuova disciplina, giacché per riprendere proprio quanto affermato a riguardo nell'ordinanza n. 132 del 2020 «compito naturale» di questa Corte è quello di verificare *ex post, su sollecitazione dei giudici comuni*, la compatibilità delle scelte compiute dal legislatore con la Costituzione».

---

del significativo mutamento del quadro normativo, operasse una nuova valutazione in merito alla concessione della liberazione condizionale al richiedente.

<sup>76</sup> Non riesco a comprendere perché, in ipotesi di risposta «strumentale ed insoddisfacente» del legislatore, a seguito della restituzione atti al giudice *a quo* si assisterebbe ad una riapertura dei «termini precedentemente indicati dall'ordinanza di rinvio dell'udienza, con potenziale riedizione del problema *ad infinitum*» (così M. LUCIANI, *Ogni cosa*, cit., 214). Invero, in caso di risollevarzione della questione avente ad oggetto la nuova disciplina, la Corte non dovrebbe certo servirsi di una ulteriore decisione di rinvio *ad tempus* al legislatore, quanto piuttosto pronunziarsi su quella «risposta» nei termini della prospettazione giudiziale, senza innescare alcuna spirale ricorsiva *in aeternum*.

<sup>77</sup> Chiedersi, dunque, se la normativa adottata dal legislatore «abbia realmente soddisfatto le indicazioni della Corte» (sono parole di M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie*, cit., § 4.3 che, tuttavia, non si occupa della questione) è non solo ultroneo e prescindibile, ma è addirittura fuorviante.

## 6. Una rapidissima notazione conclusiva

Di là dal fatto di manifestare favore o disfavore per i recenti indirizzi abbracciati dalla giurisprudenza costituzionale in tema di tecniche decisorie che impattano sulla dinamica dei rapporti fra Corte e legislatore, a me pare che l'istanza che può senz'altro accomunare fautori, detrattori, critici moderati o severi è quella di poter disporre di un quadro sufficientemente definito dei presupposti del ricorso all'una o all'altra. C'è bisogno di ordine. Tanto più ove ci si trovi in congiunture – come questa – in cui al significativo attivismo della Corte nell'elaborazione degli strumenti e delle strategie decisionali si aggiunge un certo grado di fungibilità fra gli stessi.

In sostanza, è l'esigenza di comprendere, al netto delle inevitabili oscillazioni connaturate all'esercizio della giurisdizione, le ragioni della coerente compresenza delle diverse soluzioni a disposizione del giudice costituzionale in questa fase<sup>78</sup>. Quando e perché decisioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa, decisioni di accoglimento immediato pur in assenza di soluzioni obbligate, pronunzie di rinvio a data fissa, ecc.?

Insomma, quella che emerge è una domanda di sistemazione del panorama delle varie soluzioni fruibili. Si tratta – verrebbe da dire – di ordinare, quanto più è possibile, la *convivenza delle plurime opzioni*. Del resto – per chiudere con una battuta – non è forse proprio questo il compito che si assume (e l'ambizione che coltiva) il diritto negli ordinamenti democratici?

---

<sup>78</sup> In questo senso, v. per tutti R. PINARDI, *Governare il tempo (e i suoi effetti). Le sentenze di accoglimento nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/2022, 50 ss.