



2023 FASC. III

(ESTRATTO)

ROBERTO ROMBOLI

**CORTE COSTITUZIONALE E LEGISLATORE:
IL BILANCIAMENTO TRA LA GARANZIA DEI DIRITTI ED IL
RISPETTO DEL PRINCIPIO DI SEPARAZIONE DEI POTERI**

12 SETTEMBRE 2023


IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Roberto Romboli

Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*

ABSTRACT: *The essay collects the conclusions drawn at the Conference in memory of Alessandro Pizzorusso (Pisa, December 15, 2022) and primarily focuses on the topics of the relationship between the Constitutional Court and the legislature and on the decision-making techniques of the Court itself, examining the multiple implications of these aspects also from the standpoint of the separation of powers.*

SOMMARIO: 1. Premessa. La natura politica o giurisdizionale della Corte costituzionale sei anni dopo il convegno sul “pendolo della Corte”. I rapporti tra Corte e legislatore oppure tra due legislatori? – 2. La tipologia delle decisioni come strumento per garantire il rispetto delle scelte discrezionali e dell’ambito di competenza del legislatore: le sentenze interpretative di rigetto, le manipolative, le inammissibilità con monito, le additive di principio. Le “nuove” tecniche decisorie: il superamento delle “rime obbligate” e la pronuncia a più fasi. - 3. Continuità o rottura delle “nuove” tecniche decisorie? Il superamento delle “rime obbligate”: la inutilità della interpretazione “originalista” del pensiero di Crisafulli e gli elementi nuovi della soluzione ricavata da fonte ordinaria e conseguente ad una “scelta” della Corte. – 4. Segue. La decisione a più fasi ed il principio di leale collaborazione con il legislatore. Contraddittorietà ed aspetti problematici del tipo di decisione. La scrittura della legge mancante ad opera della Corte ed il salto di qualità rispetto alla precedente tipologia delle decisioni. – 5. Il bilanciamento tra gli elementi essenziali per una costituzione indicati dall’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789: garantire i diritti e rispettare la separazione dei poteri. La separazione dei poteri come cornice entro la quale garantire i diritti. La legittimazione della Corte sulla base dei risultati conseguiti: critica. – 6. Il tentativo di conciliare la tutela dei diritti e l’osservanza della separazione dei poteri. Le omissioni del legislatore (totali o parziali; legittime o illegittime) a fronte della esplosione dei “nuovi diritti”. Le proposte per sollecitare l’intervento del legislatore: una riforma che costringa gli organi di indirizzo a decidere, una legge che colpisca lo stato nella “tasca” (obbligo di risarcimento dei danni) o l’approvazione di una “legge di adeguamento costituzionale” sul tipo della legge comunitaria: critica. La proposta di Candido: ogni organo, in spirito di leale collaborazione e con la finalità di realizzare i principi costituzionali, faccia quello che la Costituzione chiede loro. – 7. Segue. Le proposte per limitare l’eccessivo attivismo della Corte costituzionale. L’ipotesi una “ribellione” dei giudici o di una reazione degli organi politici. La proposta di una autolimitazione, attraverso le norme integrative, con la indicazione di linee guida definitorie o di puntuali presupposti per poter procedere alla sostituzione del legislatore. Rilievi critici. I rischi per il compito di magistero della Corte verso i giudici comuni. – 8. Dal parlamento che agisce e la Corte che reagisce ad una Corte che agisce ed un parlamento che reagisce. L’intervento della Corte e del Presidente della repubblica come sostituti, in momenti eccezionali, del potere legislativo. Critica. I rapporti tra Corte e legislatore come quelli fra stato e regione ossia tra due legislatori e tra due diverse discrezionalità: inappropriato il riferimento al principio di separazione dei poteri?

*  Lo scritto riproduce le osservazioni conclusive al Convegno in ricordo di Alessandro Pizzorusso (Pisa, 15 dicembre 2022), ed è destinato agli atti curati da Pisa University Press, con il titolo “Verso una nuova ‘stagione’ nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?”.

1. *Premessa. La natura politica o giurisdizionale della Corte costituzionale sei anni dopo il convegno sul “pendolo della Corte”. I rapporti tra Corte e legislatore oppure tra due legislatori?*

La tematica affrontata nel Convegno al quale si riferiscono le relazioni e gli interventi raccolti in questo volume si riconduce, in qualche misura, a quella già affrontata nel 2016 per ricordare il Professore ad un anno dalla sua scomparsa [*Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura di R. Romboli, Torino, 2017].

Come riassunto nella sua introduzione da Elena Malfatti e ricordato pure nell'intervento di Serges, allora avevamo tentato di fare il punto sulla inevitabile e sempre registrata oscillazione del nostro Giudice costituzionale nel suo dialogo con il giudice comune, da un lato e con il legislatore dall'altro, soprattutto pensando di poter individuare un più marcato spostamento verso quella che avevamo definito l'anima politica.

La natura politica o giurisdizionale della Corte è stata oggetto di riflessione anche in questo incontro da parte di Bizzarri con specifico riferimento alla nuova disciplina dei poteri istruttori e della convocazione di “esperti”, di Canale con riguardo alle molteplici attività non giurisdizionali della Corte, di Sperti, la quale si è chiesta se le iniziative per far conoscere la Corte alla società civile attraverso funzioni non giurisdizionali (specie quella di “magistero costituzionale”) abbiano determinato uno sconfinamento in decisioni politiche proprie del legislatore.

Sicuramente i sei anni trascorsi da quell'incontro hanno dato ragione, come un po' da tutti evidenziato, della presenza nella giurisprudenza della Corte di una progressiva interpretazione ed espansione delle sue funzioni non solo, anche se principalmente, giurisdizionali che l'hanno avvicinata più all'attività di un legislatore che a quella di un giudice. Da qui la scelta del tema di questo Convegno, come ricordato puntualmente da Malfatti.

Come è stato sottolineato da tutti i relatori e da molti degli interventi in questi anni vi sono stati significative affermazioni della Corte, specie a giustificazione del ricorso a nuove tecniche decisorie, che meritano di essere sottolineate e soprattutto valutate al fine di dare una risposta ad una domanda.

La domanda (e la risposta) viene a coinvolgere in qualche misura anche il titolo di questo convegno, il quale utilizza una espressione impiegata in moltissimi altri incontri, monografie, articoli o note, vale a dire quella dei “rapporti tra Corte costituzionale e legislatore”.

La domanda è se possiamo o meno continuare a parlare della Corte come di un giudice (anche se costituzionale e con tutte le particolarità note) oppure si debba parlare di un legislatore (seppure di nuovo con certe particolarità). Nel secondo caso all'evidenza l'espressione di cui sopra suonerebbe impropria, dovendosi parlare di un rapporto tra due legislatori, con tutto quello che da ciò discende, anche con riguardo ai principi costituzionali cui fare riferimento nel delineare i rapporti tra i due soggetti.

Già in occasione del convegno del 2016 qualcuno parlò esplicitamente della Corte costituzionale come di una “terza camera” e più recentemente è stato sostenuto dallo stesso Autore che la Corte chiaramente non è un mero legislatore negativo, sottolineando come ormai sia divenuta “un vero e proprio organo positivo di produzione di fonti, non solo primarie, ma anche costituzionali, finendo con assomigliare un po' alla Corte suprema americana nella sua veste di costituente permanente” e che di essa si debba quindi parlare come di un “Überparlament”. Conclusione quest'ultima che dovrebbe oramai essere ritenuta “scontata” [A. Spadaro, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 12 aprile 2023, 137].

Nel corso di questo convegno una posizione assai diversa è stata invece espressa, almeno con riguardo alla conformità di tale trasformazione ai principi costituzionali, da Andrea Morrone che ha parlato di evidenti sconfinamenti del Giudice delle leggi, escludendo che questi possa ritenersi l'unico garante dei diritti e di recente da Antonio Ruggeri [*Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in dirittifondamentali.it, 24 gennaio 2020, 208]) il quale ha parlato di un vistoso ed insopportabile tasso di politicità del giudizio con la conseguente innaturale conversione del giudice in operatore politico.

Notoriamente il controllo delle leggi in via incidentale in particolare ha posto problematicamente la relazione che la Corte viene ad instaurare, come dicevo, con i giudici e con il legislatore. Paolo Carnevale ritiene, spiegandone le ragioni, di individuare il “cuore” della giustizia costituzionale nel rapporto tra la Corte ed il legislatore (oggetto del nostro convegno), mentre Ruggeri sottolinea fortemente il ruolo decisivo dei giudici comuni e quindi dei rapporti tra questi e la Corte.

Credo che, come suggerisce Nicolò Zanon, nel rapporto tra i tre soggetti sia difficile individuare una relazione bilaterale prevalente o più importante e la dimostrazione deriva proprio dai temi in questa occasione affrontati. Il raccordo tra la Corte ed i giudici si è infatti mostrato decisivo per la sperimentazione, da parte della prima, di soluzioni che evitino l’invasione della sfera del legislatore, mentre quando le soluzioni sono state individuate nel raccordo (leale collaborazione) con quest’ultimo, le ipotesi di invasione sono risultate, come abbiamo ascoltato, assai più chiare ed evidenti.

Come ha scritto Luisa Casseti [*Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore*, a cura di L. Casseti e A.S. Bruno, Torino, 2019, 24-25]) le spinte in avanti del Giudice costituzionale hanno bisogno di un sistema giudiziario che abbia maturato e sperimentato non solo la capacità di interpretare nel senso di dare concretezza alle garanzie dei diritti anche nel silenzio del parlamento, ma pure di dare seguito alle decisioni dei giudici costituzionali anche quando il principio da questi enunciato sembra non fornire sufficienti elementi per dare la giustizia del caso concreto o di riuscire a valorizzare gli spunti che emergono per una interpretazione evolutiva delle norme costituzionali, anche quando la regola in grado di colmare la lacuna solo il legislatore può, e deve, fornirla.

Sul rapporto tra Corte e legislatore, oggetto di questo incontro, l’aspetto sul quale si sono concentrate le attenzioni della dottrina è stato quasi esclusivamente nel senso di contenere le invasioni della prima rispetto allo spazio di scelte discrezionali riservato al secondo e solo raramente nel senso opposto ossia di una riduzione dello spazio riservato alla Corte attraverso modifiche approvate dal parlamento. Ad eccezione di qualche progetto di revisione costituzionale, presentato e mai approvato, tendente a limitare o escludere le decisioni interpretative o manipolative, possiamo infatti ricordare solo le vicende relative alla *prorogatio* dei giudici costituzionali, alla riforma dell’art. 111 Cost. come reazione ad una pronuncia della Corte ed alle discussioni relative alle c.d. sentenze che costano per la loro incidenza sulle casse dello Stato e sul rispetto dell’art. 81 Cost.

Fino ad un certo momento la distinzione tra il modo di operare del legislatore e quello della Corte era apparso - in aderenza alle scelte in proposito chiarissime del Costituente e del legislatore costituzionale e ordinario che ha dato attuazione alle disposizioni costituzionali - piuttosto evidente attraverso la configurazione di un organo di garanzia che opera attraverso forme tipicamente giurisdizionali e che ha il compito di giudicare la conformità alla Costituzione delle scelte operate dal legislatore politicamente responsabile e ad esso esclusivamente spettanti.

Nel 2007 Vittorio Angiolini nella relazione di sintesi ad una delle sessioni di un convegno del Gruppo di Pisa [*I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi, M. Perini e A. Pisaneschi, Torino, 2008, 501], terminò sostenendo che pure in un momento di forte crisi del sistema rappresentativo e dei partiti politici come espressione delle libertà politiche, dovesse essere repressa la tentazione di fare della giustizia costituzionale un surrogato della politica. In quella occasione Vittorio affermò che “c’è un luogo dove si fa politica e quel luogo deve essere il luogo della politica, perché se fosse diversamente, forse perderemmo tutti un pochino delle libertà che abbiamo. E se trasformiamo tutto in un luogo di politica più piccola e moderata, rischiamo poi di perdere anche i luoghi che devono invece fungere da contrappeso moderatore della politica”. Una affermazione che, oggi ancora di più, mi sento di condividere pienamente.

Di fronte alla constatazione abbastanza diffusa, e difficilmente contestabile, che la Corte costituzionale opera come un legislatore positivo, a fianco di quello rappresentativo, viene da

chiedersi se un simile risultato possa ritenersi costituzionalmente consentito, specie con riferimento al fondamentale principio di separazione dei poteri. Sul punto tornerò tra poco.

Nessun dubbio che la Corte costituzionale, fin dall'inizio del suo funzionamento, abbia operato in qualità di legislatore, come ci ricorda Carnevale, attraverso l'approvazione delle Norme integrative.

Il sistema delle fonti disegnato dall'art. 137 della Costituzione parrebbe ridurre la disciplina ad una riserva di legge costituzionale ed una di legge ordinaria (per tutte le altre norme necessarie). Quest'ultima, come noto, ha previsto la possibilità di una integrazione della normativa legislativa ad opera di nome (appunto integrative) approvate dalla stessa Corte.

Negli ultimi anni, di pari passo all'aumento della natura "politica" della Corte, abbiamo assistito alla teorizzazione di un utilizzo di questo strumento normativo non in chiave integrativa ma derogatoria non solo della legge ordinaria (specie di quanto previsto dalla legge 87/1953), ma addirittura della Costituzione.

Nella sua relazione a questo convegno Ruggeri sostiene che una disciplina che fissi le condizioni in presenza delle quali la Corte può sostituirsi al legislatore potrebbero essere contenute nelle Norme integrative e Spadaro nello scritto già ricordato (*Involuzione – o evoluzione? – del rapporto*, cit., 140), a fronte dell'art. 137 Cost. che riserva alla legge ordinaria "le altre norme necessarie per la costituzione ed il funzionamento della Corte", sostiene che la riserva sia "limitata alla sola 'costituzione'" e che implicitamente alla Corte spetti dunque "in via esclusiva e non solo concorrente l'intera materia del 'funzionamento' (e con essa naturalmente la sub materia del 'procedimento'" (corsivo aggiunto).

Fatta questa premessa le mie osservazioni conclusive saranno dedicate a qualche riflessione sui principali temi sui quali si sono concentrate le quattro relazioni e gli interventi ed in particolare quelli del rispetto delle scelte discrezionali del legislatore da parte della Corte - attraverso la creazione di differenti tipi di decisione, specie delle ultime relative al superamento delle "rime obbligate" e alla pronuncia in più fasi - della relazione fra la tutela dei diritti ed il principio di separazione dei poteri e dei possibili rimedi alla inerzia del legislatore, da un lato ed alla invadenza della sfera delle scelte politiche da parte della Corte dall'altro.

2. La tipologia delle decisioni come strumento per garantire il rispetto delle scelte discrezionali e dell'ambito di competenza del legislatore: le sentenze interpretative di rigetto, le manipolative, le inammissibilità con monito, le additive di principio. Le "nuove" tecniche decisorie: il superamento delle "rime obbligate" e la pronuncia a più fasi.

Il rispetto della discrezionalità del legislatore è un problema che ha caratterizzato fin dai primi anni l'attività della Corte costituzionale, impegnata a non oltrepassare i limiti delle proprie competenze, ma al tempo stesso a non venire meno al compito ad essa assegnato di garantire la conformità delle leggi alla Costituzione e l'effettività dei diritti costituzionali.

A tal fine il Giudice costituzionale è venuto elaborando una tipologia di decisioni che superassero la rigida contrapposizione tra accoglimento e rigetto, che avrebbe potuto condurre nel primo caso, a vuoti pericolosi, ma anche evitare, nel secondo caso, il permanere in vigore di leggi incostituzionali.

Il primo tipo fu, come noto, quello delle interpretative di rigetto, con le quali si tende a superare quella che è stata definita da Franco Bile [*L'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Relazione italiana alla XIV Conferenza, Vilnius 2-7 giugno 2008*, in www.cortecostituzionale.it/documenti] la "omissione legislativa storica", vale a dire il mancato intervento del legislatore per dare attuazione ai nuovi principi costituzionali, che si sarebbe a maggior ragione ripetuta se questi fosse stato chiamato a coprire i buchi creati da sentenze della Corte di incostituzionalità delle leggi anteriori all'entrata in vigore della Costituzione, palesemente in contrasto con la stessa.

Il ruolo svolto da questo tipo di decisione fu, come noto, di fondamentale importanza e si fondò sul potere interpretativo della Corte come giudice, superando le obiezioni della Corte di cassazione circa la sua esclusività nell'interpretare gli atti con forza di legge e pure la separazione fra il piano della legalità e quello della costituzionalità. Il dialogo pertanto fu essenzialmente con i giudici comuni, i quali dopo una iniziale resistenza (la c.d. guerra tra le due corti), accolsero in pieno l'invito della Corte costituzionale, proponendo, quando in disaccordo con l'interpretazione suggerita dalla Corte, nuovamente la questione di costituzionalità, permettendo così una seconda decisione di incostituzionalità (la c.d. doppia pronuncia).

La giustificazione di questa tipologia di decisione, come risulta chiaramente da quanto scritto nel 1957 da Gaetano Azzariti [*Discorso nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte*, in *Giur. cost.*, 1957, 878 ss.], portava già dall'inizio con sé la possibilità, poi esplicitata nel 1996 dalla nota sentenza Zagrebelsky, che anche i giudici potessero (e dovessero) procedere autonomamente a dare alla legge una interpretazione costituzionalmente conforme. Alla Corte costituzionale infatti veniva riconosciuto, nella logica di un sistema accentrato di giustizia costituzionale, di procedere in esclusiva e con efficacia *erga omnes* alla dichiarazione di incostituzionalità, ma sul piano del potere interpretativo della legge alla luce della Costituzione i suoi poteri potevano ritenersi pari a quelli dei giudici comuni, eccetto la diversa autorevolezza della interpretazione in quanto proveniente dal Giudice costituzionale.

In alcuni casi i limiti che incontra l'attività di interpretazione non rendevano però possibile rimediare al *vulnus* dei principi costituzionali da parte della legge ed allora il nuovo tipo di decisione fu quella manipolativa, attraverso la quale la Corte interviene sul testo della legge, più spesso in maniera chirurgica, aggiungendo, togliendo o sostituendo qualcosa. Con la decisione manipolativa la Corte si rivolge ai giudici, cui la soluzione adottata stavolta si impone ed anche al legislatore, nella misura in cui va a modificare una legge da questo approvata e non modificata nonostante la pendenza della questione di costituzionalità.

Inevitabile l'accusa di invadere il campo riservato alle scelte discrezionali del legislatore, alla quale però si risponde con la tesi delle "rime obbligate", negando in sostanza di operare sul piano della legislazione ed affermando al contrario di restare sul piano della interpretazione delle fonti. La manipolazione operata dalla Corte, infatti, deriva in maniera automatica quale unica possibile lettura della Costituzione; pertanto, essa non crea qualcosa di nuovo, ma "inventa" la norma, nel significato dato al verbo da Paolo Grossi [nel suo volume *L'invenzione del diritto*, Bari, 2017].

La Corte si limita a rendere palese, a portare alla luce qualcosa che già esiste, senza creare quindi alcunché.

Quando non ricorre la condizione delle "rime obbligate", anche a fronte di una legge che risulta porsi in contrasto con i principi costituzionali, la Corte nel rispetto delle scelte discrezionali del legislatore e dei limiti imposti alla sua azione, giunge al tipo di decisione, qualificato da Carnevale come "dissonante", vale a dire una dichiarazione di inammissibilità accompagnata da un monito. Se quindi la decisione vede come principale destinatario il legislatore, chiamato in maniera più o meno stringente ad intervenire, essa pare ugualmente rivolta anche ai giudici, sia come indicazione a favore di una interpretazione costituzionalmente conforme nella applicazione della norma al caso concreto, sia come richiesta di collaborazione, quando ammonisce il legislatore che, allorché la questione sarà nuovamente portata al suo esame, procederà alla dichiarazione di incostituzionalità "secca".

I moniti esprimono all'evidenza la situazione di disagio nella quale viene a trovarsi la Corte e l'esperienza ha mostrato come il legislatore sia stato niente affatto sollecito ad intervenire e spesso abbia mostrato di non aver neppure preso conoscenza dei moniti stessi, come dimostra la paradossale vicenda ricordata da Zanon relativamente alla [sentenza n. 23 del 2015](#).

Indubbio infatti che il legislatore abbia mostrato nei fatti di non ritenersi vincolato dai moniti della Corte, a differenza di quanto sostenuto dal presidente Gallo nella consueta [relazione annuale nel 2013](#) secondo cui i moniti "costituiscono l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non

portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità” e “queste esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l’affermazione – resa nell’esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è *tenuto* ad intervenire in materia” (corsivo aggiunto).

Non si può negare il ruolo benefico della funzione monitoria, specie quando essa sia svolta attraverso le *rationes decidendi* delle proprie pronunce, ma, come sottolineano Gustavo Zagrebelsky e Valeria Marcenò nel loro manuale di giustizia costituzionale “fuori di questo ambito, essa costituisce o un’invasione in una sfera che, come quella della lotta politica, non le è propria; oppure significa l’assunzione di un ruolo, nel processo legislativo, opposto a quello che le è stato assegnato”.

Anche Bile, nella ricordata Relazione, sottolinea come il monito non può essere che la dichiarazione della omissione legislativa, rafforzata dalla eventualità che la Corte, in futuro, potrà sostituirsi al legislatore (“*scil.* nei limiti delle proprie attribuzioni”) e vada a sanare la situazione di incostituzionalità venutasi a creare.

Nel tentativo di conciliare il rispetto della discrezionalità del legislatore con la tutela del diritto leso da una legge incostituzionale, la Corte ha individuato un nuovo, interessante, tipo di decisione: la sentenza additiva di principio.

Con essa la Corte non pronuncia una sentenza additiva autoapplicativa (che necessiterebbe la situazione di “rime obbligate”), ma una decisione che si compone di due distinte parti, una parte demolitoria (dichiarazione di incostituzionalità della norma impugnata) ed una additiva, ma solo dei principi ai quali il legislatore dovrà ispirarsi nel dettare la disciplina necessaria a seguito della incostituzionalità. Fintanto che il legislatore non avrà provveduto in tal senso, il giudice comune viene autorizzato a decidere i casi concreti ad esso sottoposti facendo, nei limiti del possibile, applicazione dei principi enunciati dalla Corte, esprimendo così la convinzione che spesso la migliore soluzione è quella che il giudice individua secondo le specifiche caratteristiche del caso. Al legislatore viene riservata la possibilità di intervenire con una disciplina generale ed astratta.

I più recenti tipi di decisione sperimentati dalla Corte costituzionale, e sui quali si sono ampiamente diffuse le relazioni a questo Convegno, hanno in comune il fatto di fondarsi sulla logica del bilanciamento tra diverse esigenze espressive di differenti principi non realizzabili congiuntamente, anche ponendo in bilanciamento principi a mio avviso non bilanciabili.

Si tratta delle tipologie che potremmo definire più audaci per il tema che ci occupa, vale a dire quelle che operano una modulazione della efficacia nel tempo delle dichiarazioni di incostituzionalità, quelle che hanno ritenuto di poter superare le “rime obbligate” ed infine quelle che hanno sperimentato la decisione a più fasi.

Le prime, come in altre occasioni ho avuto modo di sostenere, pongono come uno degli elementi oggetto del bilanciamento il rispetto delle regole processuali fissate dalla legge e addirittura dalla Costituzione, ritenendo in sostanza di potervi derogare allorché ciò sia giustificato dalla necessità di evitare che la incostituzionalità determini effetti pregiudizievoli per altri interessi costituzionalmente rilevanti, pure se questo porti a sacrificare il significato stesso della pregiudizialità e quindi la *ratio* posta a base del controllo delle leggi in via incidentale.

Si pensi alla nota decisione del 2015 sulla c.d. Robin Tax oppure alla successiva [sentenza n. 41 del 2021](#) sui giudici onorari con la quale, dopo aver giudicato la disciplina impugnata come “del tutto fuori sistema” e “in radicale contrasto” con l’art. 106 della Costituzione, si ritiene che la stessa – si badi relativa alle condizioni di legittima composizione dei giudici componenti le corti di assise – debba ciò nonostante continuare ad essere applicata ancora per quattro anni, rendendo tra l’altro temporanea una legge che all’origine non lo era. Correttamente Valerio Onida si è chiesto al proposito se in questo caso di sia trattato di una modulazione degli effetti temporanei della sentenza oppure di una sospensione temporanea della norma costituzionale [[Osservatorio costituzionale](#), 6 aprile 2021]).

Quale risultato del bilanciamento tra il rispetto della discrezionalità del legislatore e la tutela dei diritti costituzionali, la Corte ha deciso di non doversi ritenere limitata dalla presenza delle “rime obbligate” e di poter quindi procedere attraverso pronunce di tipo additivo pure quando la soluzione

non discenda come unica possibile dalla Costituzione, purché il sistema nel suo complesso offra alla Corte “precisi punti di riferimento” e soluzioni normative “già esistenti” che possano sostituirsi a quelle dichiarate incostituzionali, in modo da consentire di porre rimedio nell’immediato al *vulnus* riscontrato senza determinare insostenibili vuoti di tutela. Il legislatore potrà intervenire in qualsiasi momento per individuare, nell’ambito della propria discrezionalità, una diversa soluzione, purché rispettosa dei principi costituzionali.

Sempre bilanciando tutela dei diritti e spazio riservato al legislatore, la Corte ha ritenuto, in mancanza di una soluzione comunque ricavabile dal sistema normativo, di poter procedere essa stessa a dettare la disciplina mancante, attraverso un tipo di decisione che si compone di almeno due differenti fasi: una prima che si chiude con una ordinanza interlocutoria con cui in sostanza la Corte esamina *funditus* la questione e giunge alla conclusione della incostituzionalità della normativa impugnata, pur senza procedere alla dichiarazione della stessa. Con l’ordinanza interlocutoria la Corte sospende il giudizio costituzionale e fissa una data successiva (nelle ipotesi finora verificatisi, di circa un anno) per la udienza nella quale, con ogni probabilità, giungerà alla pronuncia definitiva. Ciò allo scopo di consentire in questo termine, in spirito di leale collaborazione, al parlamento di intervenire a modificare la normativa incostituzionale e facendo capire chiaramente che, in caso contrario, provvederà essa stessa a sostituire il parlamento con una disciplina che sarà valida fintanto che questi non deciderà di legiferare.

3. Continuità o rottura delle “nuove” tecniche decisorie? Il superamento delle “rime obbligate”: la inutilità della interpretazione “originalista” del pensiero di Crisafulli e gli elementi nuovi della soluzione ricavata da fonte ordinaria e conseguente ad una “scelta” della Corte.

La individuazione e sperimentazione di differenti tipologie di decisione da parte della Corte costituzionale si è posta pertanto in stretta connessione con la necessità di rispettare lo spazio che la Costituzione ha inteso riservare al legislatore politicamente responsabile.

In proposito Carnevale nella sua relazione sostiene infatti che i tipi di decisione via via creati dalla Corte sono “tutti impastati della stessa logica”, ma potremmo chiederci se, ai fini del tema oggetto di questo incontro, si possa parlare di una successione di soluzioni “della stessa pasta” oppure non si debba segnalare nelle ultime tipologie un deciso salto di qualità, verso una differente natura del Giudice costituzionale e della sua collocazione nel sistema istituzionale.

A proposito del superamento delle “rime obbligate” Carnevale, condiviso nel suo intervento anche da Puggioni, procede ad una ricostruzione del pensiero di Vezio Crisafulli, autore come noto della celebre espressione avvicinata da Paolo alla espressione creata dalla giurisprudenza costituzionale, delle leggi “a contenuto costituzionalmente necessario”. La conclusione è che una rilettura “originalista” della dottrina delle “rime obbligate” mostrerebbe come la soluzione derivata dal superamento delle stesse (c.d. rime adeguate) non si porrebbe fuori dalla teoria crisafulliana, potendosi affermare che all’unica soluzione costituzionalmente possibile sarebbe aggiunta “l’unica soluzione legislativamente potabile”.

Ritengo in realtà poco produttiva e di scarso significato l’indagine sulla dottrina di Crisafulli, dal momento che la frase nel tempo ha assunto un significato che prescinde dalla volontà del suo autore e che è stato quasi unanimemente riconosciuto dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza costituzionale.

Il significato, a prescindere dal fatto che si sia trattato di un compromesso o che abbia funzionato come una “foglia di fico”, è stato quello di distinguere il modo di operare della Corte rispetto a quello del legislatore, nel senso che la prima utilizza lo strumentario dei giudici e della interpretazione (anche con la possibilità di dichiarare incostituzionale una legge) e non quello del legislatore che opera attraverso scelte discrezionali delle quali si assume la responsabilità di fronte ai cittadini.

Questo in estrema sintesi il significato che quella espressione ha assunto per anni quale limite alle invasioni della Corte nel terreno proprio del legislatore, creando, come scrive Morrone nella sua relazione, un punto di equilibrio tra le ragioni della politica e quelle del diritto e ciò a prescindere da una ricostruzione della reale volontà dell'autore della stessa.

Sarebbe come interrogarsi sulla correttezza della espressione “leale collaborazione” per chiedersi, come fa Ruggeri nella sua relazione, se esista una collaborazione “non leale”. Il significato della stessa, nata nel rapporto fra stato e regione ed applicata anche agli scopi del tema oggetto delle nostre riflessioni, è infatti ormai inequivocabilmente chiaro e assolutamente pacifico.

Il superamento delle “rime obbligate” può essere considerato un elemento “della stessa pasta” oppure qualcosa di diverso che altera il sistema così come fin allora configurato?

Credo sia indubbia la presenza di due importanti elementi di novità: a) la soluzione viene ricavata da una fonte appartenente alla legislazione ordinaria e non più costituzionale; b) la soluzione non risulta obbligata ma è soltanto una fra le soluzioni presenti nell'ordinamento, per cui è la Corte ad operare la scelta per individuare quella ritenuta, a suo giudizio, più idonea allo scopo.

Per il primo elemento Carnevale rileva come la nuova situazione risulti addirittura preferibile in quanto, mentre la soluzione derivata come obbligata dalla Costituzione (*viva vox Constitutionis*) finisce con il determinare una cristallizzazione della stessa, il derivare la soluzione da una legge ordinaria permette al legislatore di modificarla a sua discrezione.

Questa osservazione dà quindi per acquisita la qualificazione della Corte come quella di un legislatore che produce norme aventi forza di legge – sulla quale tornerò tra un momento – e non tiene adeguatamente in considerazione il passaggio tra un'attività di interpretazione (della Costituzione) con cui viene individuata l'unica soluzione costituzionalmente corretta rispetto a quella di “scelta” discrezionale tra diverse soluzioni tutte presenti nell'ordinamento.

Questa rappresenta il secondo elemento di novità di fondamentale importanza che consiste nel potere di “scelta” da parte della Corte, fin allora almeno nelle sue affermazioni sempre escluso. Non si può non condividere quanto afferma Zanon in proposito, definendo “pietre” certe parole, che rendono difficile cogliere la differenza tra supplenza e scelta legislativa, a fronte di espressioni generiche quali “grandezze già esistenti nell'ordinamento”, che scontano una inevitabile arbitrarietà a differenza delle “rime obbligate”. In proposito Nicolò pone efficacemente in alternativa il termine “grandezze pre-date” con quello di “grandezze predate” (senza trattino).

Non sembra convincente l'affermazione di Carnevale secondo cui, trattandosi di una soluzione normativamente presente nell'ordinamento, la Corte non si confonderebbe con il legislatore, non creando lei direttamente la disciplina applicabile.

In una recente monografia dedicata al tema delle omissioni del legislatore, Francesco Paterniti [*Le omissioni del legislatore. Profili, problemi, prospettive*, Napoli, 2023, 132] sostiene in proposito che quella che emerge, a seguito del superamento delle “rime obbligate” è una “scelta politica” e come l'intervento della Corte manifesti una precisa volontà politica oltre che giuridico-costituzionale.

La dichiarata volontà da parte della Corte di non ritenersi più vincolata al rispetto delle “rime obbligate” mi fa ricordare quanto affermato dal Pizzorusso a proposito del rispetto delle norme processuali. Egli scriveva: “quanto agli atteggiamenti disinvolti, sotto il profilo del rispetto dei principi processuali, che la Corte ha talora assunto, quello che conta non è tanto il numero o la qualità delle inosservanze, quanto il fatto che esse non siano teorizzate come espressione di una sorta di libertà dalla legge processuale (che sarebbe invero assai pericolosa, per la Corte e per il paese), ma siano anzi tenacemente (anche se non sempre convincentemente) smentite” [*Prefazione*, in Romboli (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta*. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, 1991, 5 ss.]

La conseguenza del potere di scelta e della genericità dei presupposti sui quali essa si fonda, è la incoerenza della recente giurisprudenza, giustamente denunciata da Spadaro (*op. cit.*) il quale osserva come “contemporaneamente” la Corte segua ora una soluzione (inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore) ora l'altra (incostituzionalità ed individuazione della nuova disciplina).

A ciò si aggiunga anche una certa casualità nel poter trovare, pur in situazioni analoghe o identiche, una soluzione pre-data nell'ordinamento. Si pensi ad esempio al caso in cui è stata dichiarata la incostituzionalità di una norma, individuando nel sistema un termine idoneo a sostituire quello incostituzionale ([sent. 113/2020](#)), mentre l'anno successivo l'impossibilità di individuare un termine idoneo pre-dato ha fatto concludere - nonostante una situazione di anacronistico ed ingiustificato privilegio della p.a. ed una palese inadeguatezza della disciplina - per la inammissibilità delle questioni in quanto la fissazione di un termine spetta esclusivamente al legislatore ([sentt. nn. 151 e 200 del 2021](#)).

4. Segue. La decisione a più fasi ed il principio di leale collaborazione con il legislatore. Contraddittorietà ed aspetti problematici del tipo di decisione. La scrittura della legge mancante ad opera della Corte ed il salto di qualità rispetto alla precedente tipologia delle decisioni.

A proposito della decisione a più fasi, inaugurata con il caso Cappato, il fondamento viene individuato dalla Corte nel principio di leale collaborazione istituzionale con il legislatore, nonché nella necessità di evitare le conseguenze negative che deriverebbero – in caso di pronuncia di inammissibilità con monito – dal dover i giudici continuare ad applicare la normativa incostituzionale.

Sotto il primo aspetto è stato posto in dubbio da Morrone che si tratti davvero di un'autentica e paritaria cooperazione tra poteri ed è stato rilevato da Zanon come si tratti di una lealtà a senso unico, in quanto la Corte chiede al parlamento di legiferare quando questi potrebbe aver deciso di non farlo e pone lo stesso sotto la minaccia della dichiarazione di incostituzionalità e della sua sostituzione ad opera della medesima Corte. Si potrebbe aggiungere come appaia quasi una legislazione sotto dettatura, dal momento che le indicazioni derivano da un soggetto quale la Corte costituzionale che indica con precisione i paletti che il legislatore deve rispettare. Ben diverso, quanto a rispetto delle scelte del legislatore, se la soluzione giurisprudenziale fosse indicata da un giudice comune, si pensi al caso Englaro ed alla soluzione indicata dalla Corte di cassazione.

Sotto il secondo aspetto, una dichiarazione di inammissibilità per non invadere il campo riservato alle scelte del legislatore avrebbe determinato la prevedibile condanna di Cappato per il reato di aiuto al suicidio. Nel suo intervento Bruno Brancati richiama l'attenzione su quanto previsto dall'art. 30, comma 4, l. 87/53 in base al quale comunque, in caso di condanna sulla base di norma poi dichiarata incostituzionale, gli effetti della stessa sarebbero destinati a cessare dal giorno della pubblicazione della sentenza di incostituzionalità sulla *Gazzetta Ufficiale*.

Nel caso dell'ergastolo ostativo si potrebbe ricordare come in una decisione di pochi anni prima la Corte abbia ritenuto, sempre in tema di ergastolo, di dichiarare la incostituzionalità a prescindere dalle conseguenze che la stessa avrebbe creato, invitando il legislatore ad intervenire per quanto di sua spettanza.

Nella vicenda dell'ergastolo ostativo la leale collaborazione ha avuto l'effetto di ritardare (nella specie un anno e sei mesi in totale, a seguito dei due rinvii) la possibilità dei condannati all'ergastolo di godere di determinati benefici.

Da non sottovalutare infine il fatto che l'applicazione della norma la cui incostituzionalità è stata inequivocabilmente accertata dalla Corte, mentre viene sospesa per il giudizio *a quo*, rimane ovviamente applicabile per tutti gli altri operatori giuridici, i quali dovranno dare alla stessa applicazione. Se i giudici potranno astenersi dal farlo sollevando a loro volta una questione di costituzionalità, diversa sarà la posizione della pubblica amministrazione, la quale non avrà alcun strumento per non applicarla la norma già ritenuta dalla Corte inequivocabilmente incostituzionale.

In alcuni lavori precedenti avevo avuto modo di sottolineare una contraddizione che sembrava balzare agli occhi dalla lettura dei due provvedimenti della Corte (l'ordinanza interlocutoria e la sentenza definitiva): nella prima essa, dopo aver indicato e giustificato il vizio di costituzionalità, sosteneva di trovarsi di fronte ad un *vulnus* non rimediabile in quanto esorbitante dai poteri

riconosciuti alla Corte e riservati al legislatore, nella seconda, sulla base del puro e semplice inutile decorso del termine, l'ostacolo insormontabile scompare e la Corte interviene con la dichiarazione di incostituzionalità e la predisposizione della disciplina che prima aveva dichiarato di esclusiva spettanza del legislatore. Una contraddizione invero poco spiegabile per un giudice, nell'ambito, si badi, dello stesso giudizio.

Carnevale fornisce una spiegazione a tale apparente (?) contraddizione: si tratterebbe della presenza di diverse soluzioni, una ottimale (quella politica), l'altra di rincalzo (quella giurisprudenziale), per realizzare la prima si concede un tempo al legislatore, se non fa nel tempo indicato scatta la seconda.

Questa seconda però non chiude definitivamente la questione, in quanto sarebbe proposta dalla Corte solo come situazione provvisoria, "parziale e limitata", "penultima", in attesa che il legislatore si decida ad intervenire quando e come crede, non trovando alcun limite nella soluzione suggerita dalla Corte. Si tratterebbe quindi di un rapporto di "preferenza" a vantaggio del legislatore, il quale non escluderebbe la competenza della Corte ad intervenire normativamente con una disciplina "cedevole".

Secondo Zanon, il quale sottolinea come si tratti di normativa interamente di conio del Giudice costituzionale, una simile ricostruzione finisce per svalutare la soluzione normativa indicata dalla Corte, in quanto definita provvisoria e precaria.

A seguito della ordinanza interlocutoria con cui la Corte, accertata la incostituzionalità, assegna un termine al legislatore, sono possibili due ipotesi: che il legislatore (come nei primi due casi che si sono verificati) non intervenga oppure che lo faccia modificando la disciplina oggetto del giudizio di costituzionalità.

Nel primo caso la Corte provvede a dettare lei stessa la disciplina mancante e la questione può ritenersi, almeno per il momento, risolta a vantaggio del diritto costituzionale da tutelare, nel secondo caso invece non è detto che la nuova legge soddisfi le condizioni richieste dalla Corte e si ponga quindi in conformità ai principi costituzionali. La soluzione, salvo casi eccezionali, non potrà che essere, come sottolinea Zanon, quella della restituzione degli atti per un riesame della rilevanza e della non manifesta infondatezza al giudice *a quo*, il quale sarà chiamato a valutare la risposta del legislatore in relazione ai principi espressi dalla Corte costituzionale al fine di decidere se sollevare o meno di nuovo la questione di costituzionalità sulla nuova normativa.

Difficile anche nel caso della decisione a più fasi negare il "salto di qualità" prodotto da questo tipo di decisione, che determina, al momento, la massima espansione del potere normativo della Corte, come sostenuto anche da Spadaro [*op. cit.*], il quale parla di una "arditissima tecnica decisoria", individuando le ragioni nella discrezionalità della Corte nella individuazione della data della successiva udienza, della declaratoria di incostituzionalità come sanzione della inerzia del legislatore, il quale potrebbe addirittura essere incentivato a non intervenire dalla predisposizione di una soluzione da parte della Corte e nel rispetto del principio di separazione dei poteri.

Al proposito non sembrano calzanti i paralleli con precedenti tecniche decisorie ed in particolare con le ipotesi di c.d. doppie pronunce.

Da un lato quello con le interpretative di rigetto seguite dalla dichiarazione di incostituzionalità. Secondo Carnevale anche in questo caso avremmo una prima pronuncia indicativa della soluzione a seguito di un accertamento di incostituzionalità non dichiarato e, nel caso che la soluzione non venga seguita dai giudici, una seconda sentenza di incostituzionalità.

Sulla base di quanto detto in precedenza mi pare evidente la differenza che, ai fini del nostro tema, corre tra le due ipotesi, la più evidente è che, in un caso, tutto si svolge nell'ambito dei poteri interpretativi della Corte e dei giudici in dialogo tra loro, mentre nelle nuove tipologie di decisione esaminate, il dialogo (nei limiti in cui si realizza veramente) è tra legislatori.

Da un altro lato quello tra la sentenza di inammissibilità per discrezionalità del legislatore seguita da monito, doppiata, in caso di inerzia di quest'ultimo, da una pronuncia di incostituzionalità.

Le differenze anche in questa ipotesi mi sembrano abbastanza evidenti: innanzi tutto si tratta di due diversi giudizi attivati in momenti necessariamente diversi, ma soprattutto la minaccia, quando effettivamente eseguita, è quella di dichiarare incostituzionale la legge impugnata e non di sostituirvi una nuova disciplina.

La Corte, infatti, con formula molte volte ripetuta, avverte il legislatore che, perdurando lo stato di inerzia, essa, ove investita di ulteriori questioni di costituzionalità riguardanti lo stesso specifico tema, non potrà esimersi dall'adottare le decisioni più appropriate ad evitare la constatata distonia con i principi costituzionali.

Da notare come negli ultimi anni la Corte ha provveduto a modificare la formula classica utilizzata per sollecitare in maniera ultimativa l'intervento del legislatore, nel senso di segnalare "che un ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa non sarebbe tollerabile (...) e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a *provvedere direttamente*, nonostante le difficoltà qui descritte" ([sentt. nn. 180 e 183/2022](#)) (corsivo aggiunto). Un avvertimento quindi che annuncia la volontà della Corte di sostituirsi al legislatore: una sorta di soluzione intermedia tra la inammissibilità con monito tradizionale e la pronuncia a due fasi, che prende un po' dall'una ed un po' dall'altra.

5. Il bilanciamento tra gli elementi essenziali per una costituzione indicati dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789: garantire i diritti e rispettare la separazione dei poteri. La separazione dei poteri come cornice entro la quale garantire i diritti. La legittimazione della Corte sulla base dei risultati conseguiti: critica.

Il riscontrato salto di qualità avvenuto specie con gli ultimi due tipi di decisione sperimentati dalla Corte costituzionale porta a chiederci quali effetti esso, se confermato, porti alla collocazione della stessa nell'assetto costituzionale dei poteri e se tali innovazioni possano ritenersi conformi ai principi del costituzionalismo ed in particolare di quello di separazione dei poteri.

Mi sembra significativo al proposito che tre dei quattro relatori abbiano richiamato, seppure non allo stesso scopo, l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, secondo cui "ogni società nella quale non è assicurata la garanzia dei diritti né determinata la separazione dei poteri, non ha Costituzione".

Lo ha fatto Morrone per dedurne che tale disposizione non ha mai significato che la garanzia dei diritti potesse travolgere l'organizzazione dei poteri e, di conseguenza, non ha consacrato il primato dei giudici sugli organi elettivi; lo ha fatto Ruggeri, il quale ne ha derivato che, venendo meno la separazione dei poteri, viene meno altresì la effettiva salvaguardia dei diritti; lo ha fatto infine Zanon, sostenendo che oggi la disposizione andrebbe letta invertendo i termini: in principio deve essere salvaguardata la separazione dei poteri, poi seguirà la garanzia dei diritti.

In effetti il modo come viene giustificata l'assunzione da parte della Corte di poteri di legislazione in sostituzione di un legislatore inerte è quello di operare una sorta di bilanciamento tra i due principi espressi dal citato art. 16: la garanzia dei diritti e la separazione dei poteri.

La Corte nella motivazione delle proprie decisioni e attraverso le dichiarazioni o relazioni dei propri presidenti, ha infatti con estrema chiarezza posto il problema di poter (o dover) rispettare le "rime obbligate" e quindi lo spazio riservato al legislatore che tale espressione, come visto, intendeva garantire, anche di fronte a violazioni dei diritti costituzionali.

In altri termini: garantire la separazione dei poteri oppure la tutela dei diritti?

Chiara la risposta offerta nella conferenza stampa del 2019 dal presidente Lattanzi, riportata pure da Zanon, il quale ha affermato che appare inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni illegittime che offendono la libertà personale. In queste ipotesi occorre trovare nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma, preservando al contempo la

discrezionalità legislativa, ma “deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale”.

La legittimazione dell'intervento della Corte sostitutivo di quello del legislatore troverebbe in sostanza fondamento nella bontà dei risultati ottenuti: il fine che giustificerebbe i mezzi come sostenuto criticamente da Morrone e da Ruggeri e, in base alla supposta centralità dei diritti, viene giustificato il superamento dello spazio della discrezionalità del legislatore attraverso la supplenza del Giudice costituzionale e quindi una sostanziale riallocazione del potere sovrano (F. Paterniti, *op. cit.*). Su questa base in altra occasione [*Corte costituzionale e opinione pubblica. Genesi, forme, finalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2023, 45 ss.] ho criticato le tesi secondo cui sarebbe il consenso popolare a rendere effettive le sentenze della Corte, la cui giurisprudenza non avrebbe alcuna efficacia se non incontrasse il consenso [A. Gusmai, *Il giudice, il legislatore e l'opinione pubblica: appunti sulla razionalità sociale dell'ordinamento costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 9 maggio 2016] e che, a fronte di crescenti inefficienze del potere politico, le istituzioni di garanzia, come Corte, sono state indotte a rafforzare la propria legittimazione anche attraverso la ricerca di un consenso indiretto da parte del corpo elettorale e che la legittimazione vada ricercata nell'esercizio della funzione e nel consenso sociale che è in grado di ricevere in ragione della credibilità dei suoi prodotti [E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali* 2019, 781].

La legittimazione della Corte costituzionale credo infatti che abbia molto poco a che vedere con il consenso popolare, trattandosi di un soggetto di garanzia che opera in senso antimaggioritario e quindi non democratico, con il compito di razionalizzare, in sede di controllo, i prodotti del legislatore e tenendosi quindi distante da questo e dalla ricerca del consenso popolare. La legittimazione della Corte costituzionale, in base al principio di separazione dei poteri, deriva dall'esercizio in maniera obiettiva ed imparziale delle funzioni di garanzia ad essa attribuite dalla Costituzione e ruolo fondamentale allo scopo viene ad assumere la motivazione delle decisioni ed il rispetto delle regole processuali.

Condivido per questo la posizione di quanti hanno sostenuto che, dopo la caduta del regime fascista, si è voluto creare un sistema “nel quale la separazione dei poteri fosse assicurata alla stessa stregua dei diritti fondamentali, in una parola un sistema improntato ai principi del costituzionalismo” (F. Bile, *op. cit.*) e che il primo di tali principi non può essere superato dal secondo, neppure nella logica della leale collaborazione tra poteri dello stato (N. Zanon, che richiama in proposito G. Miglio).

Non vedo in realtà alcuno spazio per un bilanciamento tra i due principi e tanto meno nel senso di giustificare la violazione della separazione dei poteri in nome della tutela dei diritti. Il rispetto della separazione dei poteri rappresenta infatti la cornice entro la quale tutti gli organi dello stato sono a chiamati a svolgere le loro funzioni e l'obiettivo di garantire i diritti è prioritario e comune a tutti i poteri dello stato, ma nello spazio delineato ad ognuno di loro dalla cornice della separazione dei poteri. Ragionando assolutamente per assurdo: che dire se di fronte ai ritardi con cui vengono decisi i processi, al fine di tutelare i diritti dei cittadini, il legislatore sostituisse, anche temporaneamente, i giudici con altri soggetti estranei all'ordinamento giudiziario e quindi privi delle garanzie di quanti vi fanno parte.

6. Il tentativo di conciliare la tutela dei diritti e l'osservanza della separazione dei poteri. Le omissioni del legislatore (totali o parziali; legittime o illegittime) a fronte della esplosione dei “nuovi diritti”. Le proposte per sollecitare l'intervento del legislatore: una riforma che costringa gli organi di indirizzo a decidere, una legge che colpisca lo stato nella “tasca” (obbligo di risarcimento dei danni) o l'approvazione di una “legge di adeguamento costituzionale” sul tipo della legge comunitaria: critica. La proposta di Candido: ogni organo, in spirito di leale collaborazione e con la finalità di realizzare i principi costituzionali, faccia quello che la Costituzione chiede loro.

Come da più parti sottolineato il tema delle omissioni e dei ritardi del legislatore attraversa al tempo stesso le relazioni tra poteri e la effettività delle garanzie dei diritti fondamentali [L. Cassetti, *op. cit.*], ponendoci davanti, come avverte Paolo Carnevale, ad un duplice pericolo: quello della denegata giustizia costituzionale o quello di voler retribuire giustizia ad ogni costo.

Già nel 1984 Gustavo Zagrebelsky ammoniva come la funzione della Corte deve essere di stimolo al legislatore e la scelta dei valori cui ispirarsi non deve essere libera scelta della stessa, in quanto ad una delega in bianco sulla razionalità delle scelte è preferibile l'irrazionalità delle forze politiche in quanto rappresentative. Dall'altro lato metteva pure in guardia contro la eccessiva prudenza nei confronti della discrezionalità del legislatore: inammissibilità come denegata giustizia e accondiscendenza verso il suo immobilismo.

Ad evitare il realizzarsi del contrasto tra i due principi ed allo scopo di tentare di conciliare la necessità di tutela dei diritti con la osservanza del principio di separazione dei poteri, sono state individuate tutta una serie di possibili soluzioni che, per comodità espositive e nonostante la loro innegabile interferenza, esporrò distinguendo tra quelle tendenti a far fronte alla inerzia del legislatore e quelle invece aventi lo scopo di limitare la esorbitanza del Giudice costituzionale dai limiti ad esso assegnati dalla Costituzione.

Per le prime, negli ultimi anni l'attenzione è stata rivolta in maniera particolare alle omissioni del legislatore, rispetto alle quali opportunamente si è proceduto ad una distinzione [F. Bile, *op. cit.*] tra omissioni totali (inattività) ed omissioni parziali (come azione incompleta), come tali superabili attraverso le sentenze additive.

Il problema che oggi ci poniamo è essenzialmente riferito alla prima delle due ipotesi e, in questo ambito, si è posta la ulteriore distinzione tra omissioni legittime (rientranti nella sfera di discrezionalità del legislatore) ed omissioni illegittime [F. Paterniti, *op. cit.*].

In Italia, come noto, non è prevista, tra le competenze della Corte, quella di giudicare sulle omissioni del legislatore, a differenza di quanto accade in altre esperienze anche europee, come quella portoghese ed a ciò è stata imputata da alcuni la mancata soluzione del problema.

In realtà credo non sia così e che si possa condividere quanto di recente sostenuto nel senso che il controllo sulle omissioni legislative è evanescente, in quanto coincide con l'assenza di una norma, "il tribunale costituzionale deve infatti decidere se, astenendosi dal legiferare su una materia, l'organo competente è venuto meno alle proprie funzioni, radicate espressamente nella Costituzione" [S. Bagni e M. Nicolini, *Giustizia costituzionale comparata*, Milano, 2021, 352].

Anche nell'esperienza portoghese - tra le funzioni del Tribunale costituzionale è prevista quella di "accertare il mancato rispetto della Costituzione dovuto all'omissione di provvedimenti legislativi volti a rendere esecutive le norme costituzionali. Quando il TC accerta l'esistenza di incostituzionalità per omissione, ne informa l'organo legislativo competente" - i casi di controllo delle omissioni sono state finora abbastanza rare e non hanno condotto ad altro effetto che di portare il caso all'attenzione del legislatore senza alcuna possibilità di costringerlo ad intervenire.

Dalla esperienza comparata se ne ricava inoltre che il controllo per omissione legislativa è quasi sempre un giudizio astratto, e non concreto come il giudizio in via incidentale, ed è promosso ad iniziativa di soggetti pubblici e assai raramente dai cittadini.

Una soluzione seguita da alcuni Giudici costituzionali europei (specie Germania, Austria e Spagna) è stata quella di distinguere tra la dichiarazione di incostituzionalità-nullità e quella invece di incompatibilità, che non elimina la legge ma la rende non applicabile al caso *de quo*.

Il tema delle omissioni del legislatore si è legato in questi ultimi anni al fenomeno dei c.d. diritti nuovi, derivanti dalla evoluzione dei costumi sociali, dai risultati raggiunti dalla scienza e dalla tecnica e anche da Carte di livello sovranazionale. Questo fenomeno ha posto chiaramente il problema di individuare quale sia il ruolo dei giudici e quale quello degli organi legislativi nel loro riconoscimento e ci si è chiesti altresì se sia preferibile una cattiva legge piuttosto che nessuna legge [(A. Patroni Griffi, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016), che richiama il caso della procreazione medicalmente assistita).

L'argomento ci porterebbe all'evidenza fuori dai limiti di queste considerazioni conclusive, per cui rilevo solamente come mi pare opportuno distinguere, al fine di determinare i limiti agli interventi creativi dei giudici, tra quelli che potremmo chiamare i "diritti costituzionali" espressamente ed inequivocabilmente garantiti, in maniera diretta o implicita, dalla Costituzione ed i "diritti legali", i quali non sono imposti, né vietati dalla Costituzione, ma semplicemente permessi e quindi rilasciati alla scelta discrezionale del parlamento. Si pensi quale esempio, tratto dalla giurisprudenza costituzionale e delle Corti europee, alla distinzione fra il diritto costituzionale della coppia omosessuale ad una regolamentazione della propria vita di relazione, con indicazione dei reciproci diritti e doveri ed il diritto legale al matrimonio omosessuale.

Il tema è stato in qualche misura richiamato, se ho ben capito, da Andrea Morrone quando ci ha parlato del valore del silenzio nella Costituzione e ripreso nell'intervento di D'Anza a proposito dell'attività legislativa *praeter constitutionem*.

Venendo quindi alla indicazione delle soluzioni suggerite allo scopo di sollecitare (o addirittura rendere obbligatorio) l'intervento del legislatore, alcuni [A. Spadaro, in *Il pendolo della Corte* cit.] hanno ritenuto necessaria l'approvazione (evidentemente da parte del parlamento) di profonde riforme tendenti a "costringere" gli organi di indirizzo a "scegliere" e "decidere", assumendosi le proprie responsabilità senza scaricare sui giudici e sulla Corte le loro omissioni.

Al proposito verrebbe da rispondere usando la celebre frase del generale De Gaulle: "caro amico il tuo programma è troppo ambizioso".

Ruggeri, riprendendo un'ipotesi già avanzata da Roberto Conti, suggerisce di colpire lo stato "nella tasca", obbligandolo a risarcire i danni causati dalle omissioni, quando risulti provato il nesso di causalità tra l'omissione e la violazione dei diritti vantati.

La soluzione proposta, indubbiamente stimolante, parte comunque dal presupposto della esistenza di un obbligo del legislatore di intervenire in quel caso concreto, che sarebbe almeno da dimostrare e pone il problema di individuare le regole del procedimento, il giudice competente e quanto altro; cosa tutt'altro che facile. Pure in questo caso è da tener in conto che dovrebbe essere il legislatore a stabilire il procedimento ed il tipo di sanzione ed i limiti di risarcibilità in presenza di una omissione dello stesso legislatore. Potremmo pensare ad una richiesta di risarcimento dei danni al legislatore perché non ha approvato una legge che stabilisca la risarcibilità della omissione, chiedendo alla Corte costituzionale una sentenza di incostituzionalità della omissione con predisposizione di una disciplina transitoria del procedimento e delle condizioni.

In ogni caso mi parrebbe quanto meno poco giustificabile la possibilità di chiedere allo stato un risarcimento per un comportamento negativo del legislatore, quale la omissione e non prevedere la stessa possibilità a fronte di un comportamento positivo dello stesso soggetto, quando una legge viene dichiarata incostituzionale.

Di recente è stata proposta come soluzione quella di seguire la *ratio* della legge comunitaria attraverso l'approvazione di una "legge di adeguamento costituzionale", con cadenza periodica e con lo scopo di sottoporre al parlamento tutte le gravissime questioni evidenziate nelle sentenze della Corte costituzionale, le quali necessitano di una legge per porvi rimedio o per concretizzare principi costituzionali". L'Autore [F. Paterniti, *op. cit.*] suggerisce di stabilire che, qualora il parlamento non legiferi entro un tempo determinato sugli orientamenti espressi dalla Corte, tradotti in una proposta normativa di iniziativa governativa, quest'ultima possa ritenersi approvata per come formulata nel progetto.

Un primo rilievo che mi pare debba essere fatto è che la soluzione presuppone una iniziativa normativa del governo (disegno di legge?), mancando la quale (cosa tutt'altro che difficile da prevedere dal momento che il governo deve essere sorretto dalla maggioranza parlamentare) il sistema non potrebbe funzionare.

Maggiori perplessità suscita l'approvazione di una proposta normativa del governo approvata per omissione, un tipo di legge che al momento non esiste nel sistema delle fonti e che non si vede come potrebbe qualificarsi.

L'Autore sostiene infatti che il comportamento omissivo del parlamento assumerebbe le sembianze di una scelta politica, dando vita ad una legge che prenderebbe corpo a seguito di una omissione del legislatore che sarebbe così stimolato ad intervenire.

Candido potrebbe proporre questa soluzione: che ogni organo, nello spirito di leale collaborazione e con la finalità di dare realizzazione ai principi costituzionali, faccia quello che la Costituzione chiede loro: il legislatore scriva le leggi; la Corte costituzionale controlli la conformità delle stesse alla Costituzione e in caso di contrasto dichiari la incostituzionalità; il giudice comune interpreti la legge e le sentenze della Corte costituzionale allo scopo di dare loro applicazione nella risoluzione del caso concreto.

In molti casi (ad es. [sentt. n. 149/2018](#) e [n. 185/2021](#)) la Corte, accogliendo la tesi di Candido, ha dichiarato la incostituzionalità della norma impugnata, pur cosciente dei problemi che ciò avrebbe potuto provocare ed ha invitato il legislatore a fare la sua parte, assumendosi in caso contrario le relative responsabilità. In fondo l'art. 136 della Costituzione prevede che la sentenza di incostituzionalità sia "comunicata alle camere ed ai consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali".

7. Segue. Le proposte per limitare l'eccessivo attivismo della Corte costituzionale. L'ipotesi una "ribellione" dei giudici o di una reazione degli organi politici. La proposta di una autolimitazione, attraverso le norme integrative, con la indicazione di linee guida definitorie o di puntuali presupposti per poter procedere alla sostituzione del legislatore. Rilievi critici. I rischi per il compito di magistero della Corte verso i giudici comuni.

La soluzione del problema delle omissioni del legislatore che portasse ad un suo tempestivo intervento risolverebbe con ogni probabilità anche quello dell'eccesso di attivismo della Corte costituzionale e della sua vera o supposta invasione del campo riservato al potere legislativo.

Nel corso dell'incontro di sei anni fa, che ho ricordato all'inizio, Otto Pfersmann [*Giustizia costituzionale tra politica e diritto*, in *Il pendolo della Corte* cit., 93-94] rilevò che "nessuna costituzione del mondo conosce una competenza legislativa alternativa affidata ad un organo giurisdizionale" e pose la questione delle conseguenze che si potrebbero derivare qualora una sentenza di un Giudice costituzionale "esce fuori dalla Costituzione che i giudici hanno il compito di garantire". Ad essa egli rispose indicando un "trilemma": a) tutto quello che decide la Corte è valido qualsiasi cosa dica", b) alcune sentenze non hanno alcun valore legale; c) la situazione è considerata equivalente ad un cambiamento di costituzione nel senso dell'adozione di una nuova costituzione".

Zanon, seppure provocatoriamente, ha fatto riferimento nella sua relazione ad una eventuale ribellione da parte dei giudici rispetto agli sconfinamenti della Corte.

L'ipotesi fa tornare alla mente una situazione, forse dai più dimenticata, avvenuta alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso e che ebbi a definire "la ribellione dei giudici militari" [*Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Torino, 1990, 143 ss.].

La Corte ([sent. 409/1989](#)) aveva dichiarato incostituzionale la previsione della pena edittale per il reato di rifiuto del servizio militare per motivi di coscienza, sostituendo quella prevista con altra da essa indicata. I tribunali militari ritennero l'intervento della Corte del tutto esorbitante dai poteri ad essa riconosciuti, sostenendo di essere vincolati solamente alla parte ablativa della sentenza e non anche a quella ricostruttiva. Alcuni giudici riproposero la questione di costituzionalità della normativa, come risultante dalla dichiarazione di incostituzionalità attraverso ordinanze di rinvio che sembravano configurare un conflitto di attribuzioni tra poteri (seppure ovviamente nei riguardi del potere legislativo). La Corte ([ord. 27/1990](#)) dichiarò le questioni manifestamente inammissibili, utilizzando toni assai duri e perentori nel rilevare come tali eccezioni erano nella sostanza rivolte a sindacare le statuizioni adottate dalla Corte, per cui il meccanismo del giudizio incidentale era stato attivato in maniera arbitraria al fine di sottrarsi alla forza cogente della dichiarazione di

incostituzionalità, contenuta in una decisione verso la quale, secondo la Costituzione, “non è ammessa alcuna forma di impugnazione”.

Anche il legislatore potrebbe esercitare una qualche opposizione di fronte alle esorbitanze della Corte costituzionale. Al proposito si potrebbe ricordare il caso della nota decisione del Tribunale costituzionale spagnolo sulla costituzionalità della riforma dello statuto catalano, per il quale pure si potrebbe parlare di una forma di ribellione del legislatore della comunità autonoma della Catalogna.

Il parlamento catalano, infatti, qualificò come politica la sofferta decisione del Tribunale e ritenne di non essere per questo tenuto a prestare ad essa osservanza. Di conseguenza si ebbe una modifica della legge organica per attribuire al Tribunale specifici poteri a garanzia del rispetto delle proprie decisioni, la quale fu impugnata davanti allo stesso TC in quanto avrebbe determinato uno snaturamento della posizione del medesimo nel sistema costituzionale. La questione fu dichiarata infondata.

Nella sua relazione, Carnevale ritiene che, pur se già desumibile da un’attenta lettura degli scritti di Crisafulli, il superamento delle “rime obbligate” rappresenta la rimozione di un “simbolo”, la quale richiede un *surplus* di impegno definitorio da parte della Corte.

Allo scopo quindi di limitare l’ambito delle proprie scelte, egli auspica una forma di autolimitazione attraverso l’approvazione di linee guida definitorie e di modalità dei comportamenti futuri, sia per fornire una definizione della “grandezza normativa già presente nell’ordinamento”, sia soprattutto per specificare i contorni del modello, vale a dire la “plausibilità” del ricorso a questa nuova tecnica attraverso una indicazione della qualità della norma che può essere utilizzata come soluzione temporanea, la connessione della stessa con il caso pratico da cui è sorta la questione di costituzionalità ed il pregio costituzionale degli interessi tutelati.

Nutrirei in proposito qualche dubbio circa la possibilità di stabilire una disciplina che contenga tutte le suddette specificazioni, che suppongo dovrebbe essere prevista attraverso una modifica delle norme integrative, ma soprattutto che tali generici criteri possano veramente funzionare, secondo l’intenzione dell’Autore, come una “bussola” per la platea degli interlocutori della Corte e come elemento che induce la Corte alla coerenza tra le decisioni dei differenti casi esaminati.

La proposta avanzata allo stesso scopo da Ruggeri è pure nel senso di chiedere alla Corte di stabilire, tramite le Norme integrative, regole di autolimitazione, con cui fissare un pugno essenziale di principi e di criteri ai quali attenersi laddove si ritenga necessaria una produzione normativa per via pretoria forgiata discrezionalmente al posto di quella colpevolmente mancante del legislatore. Lo stesso Autore ammette che con tutto ciò resterebbe pur sempre un *vulnus* al principio di separazione dei poteri, ma indica la soluzione proposta come un “compromesso” al fine di preservare “un brandello di tipicità dei ruoli”: il legislatore gode della discrezionalità e della possibilità di scelta; la Corte “potrebbe” scendere in campo e fare le veci del legislatore solo a certe condizioni ed entro certi limiti, indicati nella non necessità di un rifacimento complessivo del dettato normativo e in una normativa frontalmente contrastante con i principi costituzionali, che dimostri la particolare gravità del *vulnus* e l’impossibilità di tollerarlo ancora.

Ritengo, come già detto, che la violazione del principio di separazione dei poteri non possa essere giustificata da alcun tipo di compromesso e che comunque il rispetto dello stesso richieda agli organi dello stato qualcosa di più di un “brandello di tipicità dei ruoli”.

Anche Spadaro [*op. cit.*] propone l’intervento di autonormazione della Corte costituzionale a fronte della riconosciuta esorbitanza da parte della Corte avvenuta attraverso quella che viene chiamata “arditissima tecnica decisoria” e la soluzione avanzata si accontenta di conservare “un barlume di separazione fra i poteri”.

L’Autore propone di subordinare il ricorso alla suddetta tecnica decisoria alla presenza di quattro condizioni: 1) in osservanza del principio di leale collaborazione, il procedimento dovrà in ogni caso seguire tre tappe, una prima attraverso una decisione di inammissibilità con monito al legislatore senza porre allo stesso alcun termine per intervenire, una seconda nella quale pronunciare una ordinanza interlocutoria con cui accertare la incostituzionalità ma operare un rinvio a data fissa per

dare tempo al legislatore di intervenire (per l'ipotesi ovviamente che il monito non sia stato sufficiente) ed infine una terza alla scadenza del termine, condizionata nel suo contenuto dall'intervento o dalla inerzia del legislatore; 2) tali tecniche saranno possibili solo in casi eccezionali, in presenza, sulla falsariga della decretazione d'urgenza, di requisiti di necessità ed urgenza e dovranno riguardare 3) situazioni soggettive considerate dalla Corte chiaramente ed inequivocabilmente fondamentali tali da poterne derivare "gravissime violazioni costituzionali"; 4) che sia accertato che il mancato intervento sostitutivo della Corte determinerebbe un "danno irreversibile" alle suddette situazioni soggettive che solo il rispetto della tempistica indicata dalla Corte può consentire di evitare. La presenza delle quattro condizioni, riconosciute attraverso l'attività di autonormazione, dovrebbe sempre essere argomentata in maniera approfondita e specifica da parte della Corte costituzionale.

Qualche perplessità anche in questo caso potrebbe nutrirsi sulla capacità di costituire un limite al ricorso all'"ardita tecnica decisoria" attraverso il riferimento a condizioni che l'esperienza ha mostrato essere facilmente aggirabili, stante la loro genericità: i casi straordinari ed eccezionali; le gravissime violazioni costituzionali difficili da distinguere dalle violazioni semplici o solo gravi, che impedirebbero invece il ricorso a tali tecniche; l'accertamento della natura irreversibile del danno causato in relazione al tempo indicato dalla Corte per intervenire.

Anche il procedimento che viene proposto nella prima delle quattro condizioni lascia in verità perplessi. Se ho ben capito questo sarebbe il procedimento: di fronte ad una "gravissima violazione" di un diritto fondamentale, tale da poter creare un "danno irreversibile" allo stesso, di fronte alla questione sollevata dal giudice nell'ambito di un giudizio sulle leggi attivato in via incidentale, la Corte dovrebbe pronunciare una sentenza di inammissibilità per la presenza di una pluralità di scelte e comunque per essere la soluzione di esclusiva competenza del legislatore, accompagnando la stessa con un monito al legislatore ad intervenire per porre rimedio alla riscontata situazione di incostituzionalità. A questo punto per passare alla seconda fase si dovrebbe attendere che un altro giudice in un altro procedimento sollevi nuovamente la questione di costituzionalità, che l'ordinanza pervenga alla Corte, sia pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale*, si svolga, se del caso, l'udienza pubblica e quindi si decida in camera di consiglio.

Sulla eventualità che la questione possa non tornare alla Corte, l'Autore ritiene che questo debba essere considerato una dimostrazione che non era in gioco una gravissima violazione di un diritto fondamentale (*sic!*)

Una volta che la questione sarà di nuovo all'esame della Corte, questa nel ribadire in maniera ovviamente più precisa la esistenza di una incostituzionalità - a fronte di una "gravissima violazione" di un diritto fondamentale, tale da poter creare un "danno irreversibile" allo stesso - pronuncerà un'ordinanza con cui assegna un tempo determinato al legislatore per intervenire (finora un anno), che potrà anche, come nel caso dell'ergastolo ostativo, essere prorogato se le camere mostrano di poter giungere ad un provvedimento (anche provvisorio, come un decreto legge).

Una volta decorso inutilmente il termine concesso al legislatore per intervenire, finalmente la Corte sarà nelle condizioni di poter dettare una disciplina, a carattere provvisorio e cedevole, per porre rimedio alla "gravissima violazione" di un diritto fondamentale, tale da poter creare un "danno irreversibile" allo stesso.

Le soluzioni sopra riassunte, prendendo atto della più recente giurisprudenza costituzionale, concorrono a determinare l'effetto di una Corte non più "giudice tra i giudici", ma "legislatore tra i legislatori", con inevitabili riflessi sulla relazione fra la Corte costituzionale ed i giudici comuni e su quello che Dogliani ha definito "il circolo virtuoso" tra gli stessi.

Al proposito diversi anni fa Alessandro Pace, in ordine alla manipolazione degli effetti delle sentenze di incostituzionalità, scriveva che poco meditate decisioni della Corte producono "e non potrebbero non produrre, data la sempre più pervasiva diffusione dei valori costituzionali tra tutte le magistrature, in effetto che finisce per 'delegittimare' la Corte agli occhi dei giudici comuni; e costituisce un pericoloso invito a 'far da sé' quante volte la Corte costituzionale, pur senza volerlo, si

distacchi dal modello del giudizio costituzionale così come prefigurato nell'art. 1 l. cost. n. 1 del 1948 e nella l. n. 87 del 1953".

Come dimostrano altre esperienze di giustizia costituzionale assai simili per altri versi al nostro modello, la collocazione del Giudice costituzionale tra i soggetti politici o il suo modo di operare in stretta collaborazione con questi ultimi, rende meno efficace il compito di magistero della Corte verso i giudici (circa i limiti della interpretazione, la nozione di rilevanza, il rispetto delle regole processuali ecc.), dei quali essa ha assolutamente bisogno, sia nella fase ascendente che in quella discendente del controllo delle leggi.

8. Dal parlamento che agisce e la Corte che reagisce ad una Corte che agisce ed un parlamento che reagisce. L'intervento della Corte e del Presidente della repubblica come sostituti, in momenti eccezionali, del potere legislativo. Critica. I rapporti tra Corte e legislatore come quelli fra stato e regione ossia tra due legislatori e tra due diverse discrezionalità: inappropriato il riferimento al principio di separazione dei poteri?

In conclusione, credo non possa negarsi che le più recenti tipologie messe in atto dalla Corte costituzionale, nel meritorio intento di dare comunque tutela a diritti costituzionali, abbiano determinato un sicuro mutamento istituzionale che pare porsi in contrasto con il principio di separazione dei poteri.

Come efficacemente rilevato da Bile [*op. cit.*], e ripreso da Paterniti [*op. cit.*], si è registrata una inversione di ruoli nel senso che là dove era stabilito che il parlamento "agiva" legiferando e la Corte costituzionale "reagiva" controllando e annullando la legge incostituzionale, adesso è la Corte che "agisce" ed il parlamento che è chiamato a "reagire".

Attraverso la interessante immagine della barca a vela (parlamento) e dei due motorini (Presidente della repubblica e Corte costituzionale) Spadaro [*op. cit.*] giunge a giustificare il fatto che in momenti (eccezionali) di bonaccia siano i motorini (in quanto soggetti autonomi ed imparziali) a sostituirsi al naturale vento che gonfia le vele, riferendosi in realtà all'ipotesi che stiamo esaminando in cui la Corte costituzionale, come detto, va a sostituirsi al legislatore dettando la normativa necessaria e mancante.

La bella immagine dei due "custodi della Costituzione", entrambi organi di garanzia e fuori dai tradizionali poteri dello stato, non sembra però del tutto appropriata allorché nella metafora dell'Autore divengono "motorini" in sostituzione del parlamento inadempiente e ciò per una serie di ragioni.

Innanzitutto, la loro posizione e soprattutto i poteri loro conferiti sono assai diversi, l'uno, svolgendo un controllo preventivo su tutta la legislazione, può solamente chiedere al parlamento una seconda approvazione segnalando con messaggio motivato gli aspetti di criticità della legge da promulgare. Se il parlamento riapprova, con la stessa maggioranza, salvo casi eccezionali, il presidente è tenuto a promulgare.

La Corte invece svolge un controllo successivo, solo se specificamente attivata e nei limiti del chiesto e pronunciato, ma soprattutto può dichiarare la incostituzionalità della legge impugnata, imponendosi così alle scelte del legislatore ordinario.

Detto questo, mi chiedo quale sarebbe il giudizio della dottrina e degli altri organi costituzionali qualora il Capo dello Stato, seppure in via eccezionale e per evitare "una gravissima violazione di un diritto fondamentale", si sostituisse al parlamento nel dettare la disciplina necessaria.

Ricordo che durante la prima presidenza Napolitano si pose il problema di approvare, attraverso la revisione costituzionale, il potere di promulgazione parziale della legge e come la dottrina si esprime in larga misura negativamente proprio nella considerazione che una promulgazione parziale avrebbe potuto trasformare il Presidente in un legislatore, dal momento che i parlamentari avrebbero potuto non riconoscersi nella legge promulgata con le amputazioni individuate dal Presidente.

Nonostante i differenti poteri, come detto, riconosciuti ai due “custodi”, essi vengono comunemente assimilati sotto la figura degli organi di garanzia ed ai fini del principio di separazione dei poteri.

La pacifica esclusione per l'uno della possibilità di approvare una normativa in sostituzione del legislatore dovrebbe coerentemente far giungere alla stessa conclusione anche per l'altra.

Dalla opposta valutazione tendente a qualificare la Corte come un legislatore, seppure di emergenza - nella considerazione che ci troviamo di fronte ad un confronto dialettico tra due tipi di discrezionalità per i quali ciò che li distingue è solamente la forma (legislativa o giurisdizionale) mentre comune il carattere discrezionale della scelta operata [Spadaro, *op. cit.*] – dovrebbe derivarsene alcune logiche conseguenze.

Una volta giustificato che la Corte operi come un legislatore, potendolo sostituire nella sua tipica funzione, che in certi casi proceda essa stessa a porsi le questioni di costituzionalità su cui decidere, attraverso una generosa interpretazione del requisito della rilevanza (v. [ord. 18/2021](#) e [ord. 94/2022](#)) o fissi principi e criteri direttivi per l'intervento del parlamento a seguito di dichiarazione di incostituzionalità (v. [sent. 121/2022](#) sul doppio cognome) o disciplini il proprio processo ed i soggetti che possono parteciparvi (v. *amici curiae*) attraverso una normativa da essa stessa approvata, forse anche il titolo di questo incontro dovrebbe essere cambiato.

Non più un rapporto tra Corte e legislatore che pare presupporre che la prima sia un giudice seppure particolare o almeno non un legislatore, ma un rapporto tra due legislatori, uno dei quali, secondo la formula indicata da Carnevale, potremmo chiamarlo “legislatore rappresentativo” per distinguerlo dal legislatore non rappresentativo.

Un soggetto questo ultimo che opera con strumenti potremmo dire più rozzi, dovendo decidere attraverso le sentenze che, a differenza delle leggi, hanno specifici requisiti di forma, tra i quali l'obbligo costituzionale di motivazione. Certamente gli strumenti a disposizione della Corte non sono paragonabili a quelli del legislatore referendario legato alla natura negativa della abrogazione pur con la possibilità del ritaglio, ma sono pur sempre limitati.

Il riconoscimento della Corte come legislatore risulta d'altra parte dai frequenti riferimenti, fatti in proposito del tema che stiamo trattando, ai rapporti che si pongono inequivocabilmente tra due legislatori: quello statale e quello regionale.

Così ad esempio Carnevale allorché, come detto, parla di un soggetto “preferito” che può essere sostituito da altro, pure competente, la cui normativa può essere rimossa dal successivo intervento del soggetto preferito e fa riferimento appunto ai rapporti tra stato e regione oppure Spadaro [*op. cit.*], secondo cui il rapporto Corte-legislatore deve ritenersi ispirato ai principi di leale collaborazione e di sussidiarietà di cui agli artt. 118 e 120 Cost. e, a proposito della cedevolezza della disciplina introdotta dalla Corte, richiama il rapporto tra legge cornice che contiene norme di dettaglio e la competenza in materia della regione oppure Paterniti [*op. cit.*] che fa riferimento al potere di sostituzione dello stato alle regioni ai sensi dell'art. 120, comma 2, Cost., derogando al riparto di competenza fissato dall'art. 117 Cost.

Il rapporto tra i due legislatori (quello rappresentativo e quello non) potrebbe essere qualificato come un tipo di legislazione concorrente con la individuazione, secondo la tesi di Carnevale, di un soggetto “preferito” che, se e quando decide di intervenire, prevale su quello “non preferito”, il quale però ha la possibilità – che non ha il primo sulla legislazione approvata dal secondo – di dichiarare incostituzionale la legge del “preferito”.

Anche la normativa approvata in supplenza ed in maniera temporanea dalla Corte, non derivando più a “rime obbligate” dalla Costituzione, bensì da “grandezze presenti nell'ordinamento” assume la collocazione pari alla legge ed agli atti con forza di legge e quindi può essere sottoposta al controllo del Giudice delle leggi che però è lo stesso soggetto che l'ha approvata.

Se trattasi di atto con forza di legge la normativa approvata in supplenza potrà anche essere oggetto di un referendum abrogativo, la cui ammissibilità sarà giudicata dallo stesso soggetto che l'ha approvata.

Il carattere di atto con forza di legge potrebbe coerentemente far riconoscere allo stesso, in caso di sentenza interpretativa, il carattere di legge di interpretazione autentica, con l'effetto retroattivo delle eventuali leggi interpretate e il carattere vincolante per i giudici comuni.

Ultima considerazione: nella relazione tra due legislatori, quello rappresentativo e quello non, quello "preferito" e quello "secondario" ma pur sempre competente, potrebbe al limite apparire addirittura fuori luogo chiamare in causa il principio di separazione dei poteri, sembrando doversi fare riferimento ai differenti principi applicati per delineare i rapporti tra soggetti appartenenti allo stesso potere.