



CONSULTA ONLINE



PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

2021 FASC. III

(ESTRATTO)

IRENE GOLA

UNA GIUSTIFICABILE "INVASIONE" DI CAMPO

9 DICEMBRE 2021

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Irene Goia
Una giustificabile “invasione” di campo*

ABSTRACT: *Retracing the work of the Constituent Assembly and the legislator of 1953, it is possible to reconstruct the original Italian idea of Constitutional Court: a «negative legislator» who should have pronounced mere acceptance or mere rejection sentences; a «negative legislator» whose competence should have been limited to the control of pure legitimacy, without ever trespassing on political questions or in opportunity assessments. The difficult definition of what politics is and how wide the legislative discretion is has left to the judge of laws the task of self-limiting its action. Even more, the context in which it lives has led the Court to reshape its character. In this sense, the relationship between the Court and the Parliament plays a fundamental role, especially regarding the criminal field. In fact, as for this matter characterized by a high rate of politicity, the constitutional judge has explored different ways of judgment and decision. There is no doubt that the Constitutional Court has now gone beyond the original limits of its own review, by invading the role of the legislator. But, when cooperation failed and constitutional justice is strongly required, judicial activism is, perhaps, justifiable: it appears appropriate and necessary that the «natural task» of the guarantor of the Constitution adapts to situations of political emergency, through a new model of balance between the “value” of legislative discretion and the “value” of implementation of constitutional principles.*

SOMMARIO: 1. Il problema del *judicial activism* (particolarmente in materia penale). – 2. Quello che la giurisprudenza costituzionale avrebbe dovuto essere. – 2.1. L’articolo 136 della Costituzione. – 2.2. L’articolo 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87. – 2.3. La debolezza della netta delimitazione tra legittimità e merito. – 3. La Corte costituzionale nel contesto. – 3.1. L’*horror vacui* e le sentenze autoapplicative. – 4. La materia penale. – 4.1. L’articolo 25 comma 2 della Costituzione. – 4.2. Gli effetti *in bonam* e *in malam partem*. – 4.3. Dalle «rime obbligate»... – 4.4. ... alle «rime possibili». – 5. Un’inammissibile e indebita *invasione* di campo? – 5.1. La giustificazione formale. – 5.2. La giustificazione sostanziale: il bilanciamento. – 5.3. L’incostituzionalità c.d. prospettata. – 5.4. La «leale collaborazione». – 6. Una tutela di *emergenza*.

1. *Il problema del judicial activism (particolarmente in materia penale).*

1. «Da tempo e in numerose circostanze la giurisprudenza costituzionale ha affermato la centralità del principio costituzionale di leale cooperazione, non solo con le altre giurisdizioni, nazionali ed europee, non solo nei rapporti tra Stato e Regioni, ma anche, e soprattutto, nei rapporti tra gli organi costituzionali, come condizione fondamentale per un corretto funzionamento del sistema istituzionale e della forma di governo»¹.

Due sono i principali soggetti con i quali la Corte costituzionale cerca incessantemente di instaurare punti di contatto, al fine di garantire un continuo e ampio dispiegarsi dei valori previsti dalla Costituzione: i giudici comuni, obbligati, nell’applicazione della legge, a un preventivo tentativo di interpretazione costituzionalmente conforme nonché a tenere in considerazione le sentenze della Consulta; e il Parlamento, nei confronti del quale vi è uno sforzo costante al fine di instaurare un proficuo dialogo, affinché le pronunce costituzionali non rimangano prive di seguito.

In questa sede ci si propone di mettere a fuoco la difficoltosa ricerca di cooperazione con il legislatore, in particolare in materia penale, oggetto (teoricamente) di «“geloso” monopolio parlamentare»².

L’ambito penale è, infatti, connotato da un «tasso di “politicità”»³ tale da rendere arduo il raggiungimento di un equilibrio tra le esigenze di giustizia costituzionale e l’intangibilità della

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

¹ M. CARTABIA, [Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2019](#), 7.

² V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, Giappichelli, 2019, 456.

discrezionalità legislativa. Quest'ultima dovrebbe svolgersi nella sua massima espansione per riflettere, mediante le scelte di politica criminale, il valore che, in un determinato momento storico, la società democratica attribuisce ai beni giuridici da tutelare e alle condotte umane da sanzionare, così definendo i confini della libertà personale - latamente intesa - all'interno del perimetro dei principi dettati dalla Costituzione. Ed è interessante osservare come, proprio in un periodo storico qual è quello presente, ove il diritto penale tende a divenire sempre più elemento «identitari[o] e trainante» della politica, strumento di «manipolazione» delle «componenti emotive [per il] consenso elettorale» e di «“riconoscimento” (*Anerkennung*) dei nuovi attori politici»⁴, un soggetto apartitico entri nelle maglie delle scelte punitive.

È innegabile che la Corte costituzionale, superando l'iniziale atteggiamento di deferenza nei confronti della competenza normativa dell'organo rappresentativo, abbia scalfito - o, meglio, reinterpretato - quella riserva di legge in materia di reati e pene posta dalla Costituzione a salvaguardia della suddetta prerogativa parlamentare.

Il sempre maggiore interventismo del giudice delle leggi è da più parti inteso quale fattore che concorre ad accentuare l'attuale «grave crisi» della riserva di legge penale⁵, non più in grado di mantenere la «promessa di garantire un'autentica legittimazione democratica delle scelte di politica» sanzionatoria⁶. Se si considera, però, che il *judicial activism* è nella maggior parte, se non nella totalità, dei casi conseguenza dell'esito negativo di un approccio collaborativo con il legislatore, sembra, allora, che la Corte, più che concorrere ai «tradimenti della legalità»⁷ - concetto che di per sé non implica una riserva di legge⁸ - cerchi di fronteggiare le situazioni di *emergenza*⁹ mediante gli strumenti a propria disposizione; strumenti che l'hanno posta dinanzi a numerose critiche, per aver superato non più solo la dicotomia accoglimento-rigetto, ma la stessa teoria delle «rime obbligate», così *invadendo* - i più ritengono indebitamente e taluno sostiene addirittura irrimediabilmente - la sfera di discrezionalità che dovrebbe essere riservata al Parlamento.

³ A. PIZZORUSSO, *“Zone d’ombra” e “zone franche” della giustizia costituzionale italiana*, in questa *Rivista*, *Studi* 2008 (6 settembre 2008).

⁴ V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 26 marzo 2019, 1.

⁵ M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, fasc. 4/2016, 3. Cfr., *ex pluribus*, C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 1/2015, 181 ss.; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, Giuffrè, 2017, 11 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.; ID, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, II, 2007, 1247 ss.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *L'indice penale*, fasc. 1/2017, 671 ss.; V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 517 ss.; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano, Franco Angeli, 2015, 35 ss.; D. TEGA, *La Corte costituzionale nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 105-110; per una riflessione a più voci, con prospettive e proposte di rimedi differenti, AA.VV., *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 315 ss.

⁶ G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, cit., 1275.

⁷ F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, fasc. 3/2016, 5.

⁸ M. ROMANO, *Corte costituzionale e riserva di legge*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006, 30.

⁹ A. RUGGERI, *Appunti per uno studio delle più salienti vicende della giustizia costituzionale in Italia*, in *Nomos*, fasc. 1/2017, 15, reputa le forme di «sussidiarietà» assunte della Corte costituzionale «tollerabili unicamente in ragione dell'emergenza alle volte addotta a loro giustificazione».

Ma la discrezionalità legislativa - concetto, senza dubbio, evanescente e camaleontico¹⁰ - può rappresentare in modo oggettivo un limite invalicabile al potere decisorio della Corte costituzionale, anche laddove essa appaia l'unico organo in grado di intervenire prontamente? Non risulta, forse, eccessivamente rischioso per la tutela dei valori costituzionali che si riflettono direttamente sulla sfera di libertà dei cittadini - quali la coerenza dell'intero sistema sanzionatorio, la proporzionalità tra condotta e pena, la finalità rieducativa e non solo afflittiva e preventiva della pena, il diritto di autodeterminarsi - affermare che la Corte costituzionale si debba arrestare senza deroga dinanzi a scelte politiche, anche laddove l'inevitabile conseguenza sia la perdurante esistenza nell'ordinamento di una norma incostituzionale ovvero la creazione di un *vulnus* normativo, probabilmente esso stesso incostituzionale?

2. *Quello che la giurisprudenza costituzionale avrebbe dovuto essere.*

Per comprendere e, forse, giustificare il ruolo sempre più *invadente* svolto dalla Corte costituzionale in campo penale, è opportuno preliminarmente ripartire dalla concezione originaria di giustizia costituzionale italiana e, soprattutto, dai margini - se vi sono - di espansione del sindacato della Corte nel quadro della nostra forma di governo; ricordando che la "bizzarra"¹¹ idea di istituire nell'ordinamento della novella Repubblica un organo di garanzia costituzionale condusse alla creazione di un modello ibrido¹², non facente parte del potere giudiziario e collocato «in posizione di equidistanza dagli altri poteri»¹³.

2.1. *L'articolo 136 della Costituzione.*

Il punto di partenza per indagare quale fosse il ruolo originariamente e istituzionalmente attribuito al giudice delle leggi è rappresentato dal dibattito svoltosi in Assemblea costituente circa l'efficacia da conferire alle pronunce costituzionali. Stabilire gli effetti di quest'ultime significava assumere una determinazione in merito ai riflessi dell'azione della Corte nella sfera di competenza degli altri organi. Soprattutto nella sfera riservata al Parlamento, poiché «nell'ambito dei rapporti fra gli organi costituzionali e fra i "poteri" dello Stato, è la relazione fra Corte e [quello], come

¹⁰ A. RUGGERI, [Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale](#), in questa [Rivista](#), 2018/III, 573.

¹¹ «Si vogliono prendere garanzie, si vogliono mettere remore: di qui la pesantezza e la lentezza nella elaborazione legislativa, e tutto il resto; e di qui anche quella bizzarria della Corte costituzionale, organo che non si sa che cosa sia e grazie alla istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il sistema del Parlamento e della democrazia, per esserne i giudici» (Palmiro Togliatti, in AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. I, Roma, Camera dei deputati, Segretario generale, 1970, 330).

¹² E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, Il Mulino, 1999, 30; A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3/1982, 521. Il fatto che l'Assemblea costituente non si sia espressamente indirizzata, pur facendone riferimento, verso un determinato modello di giustizia costituzionale è sintomo di come la nostra Costituzione sia un «prodotto autogeno» (E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in ID, *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978, 25).

¹³ A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, fasc. 3/1986, 815. Per un inquadramento della Corte costituzionale come organo al di fuori e al di sopra degli altri poteri dello Stato, G. AZZARITI, *La posizione della Corte costituzionale nell'ordinamento dello Stato italiano*, in AA. VV., *Studi sulla Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1958, 458 ss. Per una ricostruzione in chiave storico-politica, G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981; C. PIPERINO, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, Giuffrè, 1991, 43 ss.

titolare del *potere legislativo*, la primaria e privilegiata a definire la posizione [della Consulta] nell'ordinamento»¹⁴.

L'adozione di una decisione sul tema fece emergere tra i Costituenti molte divergenze, difficoltà e incertezze¹⁵, che testimoniano la consapevolezza delle cruciali implicazioni che tale scelta avrebbe comportato.

Stabilendo che «quando la Corte dichiara la illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia»¹⁶, i Padri costituenti vollero istituire un organo di garanzia con la competenza di un «legislatore negativo».

Oggi discorrere in termini certi della Corte costituzionale come di un «legislatore negativo» sarebbe non solo anacronistico, ma irrealistico. Ed è per questo motivo che nella ricostruzione dell'originaria cornice di operatività della giurisprudenza della Consulta è opportuno, anzi necessario, utilizzare i tempi verbali del condizionale, «modo della penombra e delle luci smorzate»¹⁷, volto a indicare ipotesi la cui realizzazione è subordinata al verificarsi o, nel caso di specie, al permanere di condizioni idealizzate al tempo e nel contesto della nascita del nuovo organo di garanzia.

Il giudice costituzionale, dunque, avrebbe dovuto avere una funzione meramente negativo-eliminativa¹⁸ e non positiva di ricomposizione interpretativa o di integrazione normativa dell'ordinamento¹⁹, limitando la propria azione all'annullamento delle disposizioni incompatibili con la Costituzione.

¹⁴ [Corsivo del testo originale] F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, 19.

¹⁵ Per ridurre il più possibile le interferenze provocate dall'operato della Corte nella sfera di competenza propria del legislatore, fu inizialmente proposto di attribuire alle sentenze di incostituzionalità un'efficacia meramente dichiarativa, con conseguente impossibilità per il giudice costituzionale sia di annullare o abrogare la legge oggetto di giudizio sia di sospendere l'efficacia, poteri che sarebbero rimasti riservati all'organo legislativo (proposta contenuta negli articoli 32 e 33 del "progetto Calamandrei", in AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VIII, Roma, Camera dei deputati, Segretario generale, 1971, 2026-2027). Una tale - eccessiva - deferenza nei confronti del Parlamento avrebbe, però, comportato il rischio di sentenze *inutiliter datae*, incorrendo nella «ingenuità politica» di affidare allo stesso soggetto legislativo l'onere di dar seguito alle decisioni del garante della Costituzione (H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, in *Id*, *La giustizia costituzionale*, 1928, trad. it. C. Geraci (a cura di), Milano, Giuffrè, 1981, 171). Furono, infatti, successivamente avanzate diverse proposte. Alcune di esse furono ritenute offensive del principio di separazione dei poteri; altre furono considerate contraddittorie (AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VIII, cit., 2063-2065). Per superare tali inconvenienti fu, infine, proposto di collegare alle sentenze di incostituzionalità la cessazione dell'efficacia delle leggi annullate dalla Corte, consentendo al Parlamento, cui la sentenza sarebbe dovuta essere comunicata, di intervenire nelle forme costituzionali, ove lo ritenesse necessario, senza alcun obbligo di abrogare la legge o di procedere alla revisione costituzionale (disciplina prevista nel terzo comma dell'articolo 128 del Progetto di Costituzione redatto dalla Commissione dei 75, in AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, Roma, Camera dei deputati, Segretario generale, 1970, 4262). Quantunque anche tale soluzione avesse fatto sorgere plurimi dubbi, sia perché si sarebbe trattato di un annullamento *ex nunc* (*ibidem*, 3787) - questione successivamente superata (oggi, forse, non più in modo certo), mediante l'emanazione del terzo comma dell'articolo 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87 - , sia perché l'organo con il compito di annullare una legge non avrebbe potuto parimenti emanarne una sostitutiva (*ibidem*, 4263-4264) - teorizzazione presto disattesa nella prassi della Corte -, l'Assemblea plenaria, adottò il testo corrispondente all'attuale articolo 136 della Costituzione (*ibidem*, 4589).

¹⁶ Articolo 136 comma 1 della Costituzione.

¹⁷ L. SERIANNI, *Grammatica italiana*, Torino, UTET, 1988, 401.

¹⁸ Con l'istituzione di un «organo, ignoto al regime costituzionale precedente», l'Assemblea costituente volle prevedere «una funzione legislativa attiva affidata al parlamento, una funzione legislativa consultiva affidata al consiglio nazionale della economia e del lavoro e una funzione di controllo legislativo affidata al presidente della Repubblica e precipuamente alla corte costituzionale» (C. CERETI, *Funzione legislativa e controllo di legittimità*, in AA. VV., *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano, Giuffrè, 1960, 525-526).

¹⁹ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, il Mulino, 2018, 173-174.

Questa funzione di sottrazione all'ordinamento giuridico delle leggi illegittime è stata resa possibile dal fatto che la Costituente decise di attribuire alle sentenze di accoglimento della Consulta un'efficacia non *inter partes* (com'è proprio della tutela giurisdizionale), ma *erga omnes*²⁰, senza, per ciò solo, invadere la sfera di competenza del Parlamento; o meglio, senza oltrepassare quella soglia di ripartizione delle prerogative costituzionali che consente di discorrere di «divisione dei poteri», intesa nel nostro disegno costituzionale in ottica kelseniana, cioè quale «ripartizione del potere fra organi diversi, non tanto per isolarli reciprocamente quanto per consentire un controllo degli uni sugli altri»²¹.

Sebbene «annullare una legge [significhi] porre una norma generale, giacché tale annullamento ha lo stesso carattere di generalità della formazione della legge»²² e sebbene, sul piano logico, la Corte costituzionale sembrerebbe dover essere equiparata al legislatore, poiché entrambi innovano l'ordinamento giuridico emanando atti aventi pari efficacia, sul piano sistematico non si intendeva compiere tale assimilazione. Difatti, mentre il Parlamento innova introducendo disposizioni nuove nel merito e nella sostanza, la Corte si limita - *rectius*, si sarebbe dovuta limitare - a eliminare le innovazioni contrastanti con la Costituzione, così correggendo il sistema normativo, secondo una «visione gradualistica» dell'ordine giuridico²³.

Questa «legislazione negativa» era, perciò, concepita priva di uno degli attributi fondamentali del potere legislativo, ossia quello di «adottare una determinazione funzionale di un determinato scopo politicamente apprezzabile»²⁴.

2.2. L'articolo 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

Nonostante la teorica mancanza di un ruolo attivo, fu fin da subito evidente che la posizione attribuita avrebbe permesso alla Corte costituzionale di divenire «un organo che partecipa alla funzione di indirizzo politico centrale»²⁵, condizionandone sia la determinazione che l'attuazione. Avrebbe inciso sull'una, in quanto gli «atti sottoposti al suo giudizio ne sono estrinsecazione e irradiazione»; sull'altra, in quanto, dichiarando l'incostituzionalità di una legge o rigettando una questione, «accerta che, in rapporto ai motivi di ordine costituzionale fatti valere, l'indirizzo seguitosi o volutosi seguire in un determinato settore non può oppure non può ulteriormente continuare nella direzione prescelta»²⁶.

Proprio a causa di tale presa di coscienza, i Padri costituenti ravvisarono la necessità di evitare un rischioso «*spostamento di potere* - non previsto dalla costituzione e politicamente inopportuno -

²⁰ «La garanzia non consiste propriamente nella competenza attribuita alla Corte costituzionale di conoscere della legittimità costituzionale delle leggi ordinarie [...] La garanzia costituzionale sta invece nella singolare efficacia della dichiarazione di illegittimità emessa dalla Corte costituzionale. La sentenza della Corte, infatti, non dichiara l'esistenza (o l'inesistenza) di una volontà di legge a favore (o contro) una parte, come è proprio della tutela giurisdizionale; ma pronuncia la invalidità della legge *erga omnes*, sostanzialmente sottraendo la legge stessa all'ordinamento giuridico» (G. CHIARELLI, *Appunti sulle garanzie costituzionali*, in AA. VV., *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano, Giuffrè, 1960, 532).

²¹ H. KELSEN, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione*, cit., 173-174.

²² *Ibidem*, 173.

²³ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, il Mulino, 2018, 52.

²⁴ F. BILE (e altri componenti della delegazione italiana), *L'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Relazione italiana*, XIV Conferenza delle Corti costituzionali europee, Vilnius, 2 - 7 giugno 2008, al sito telematico della [Corte costituzionale](#), Studi e Documentazione.

²⁵ P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, in AA. VV., *Studi in onore di Emilio Crosa*, Milano, Giuffrè, 1960, 46.

²⁶ F. PIERANDREI, *La Corte come organo costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, voce *Corte Costituzionale*, X, 1962.

dal parlamento ad un organo esterno ad esso»²⁷, che «non partecipa [...] di un fondamento analogo a quello degli organi politicamente attivi ove si esprime il principio di maggioranza»²⁸. Così, vi fu chi, ritenendo che la (discussa) formula «legittimità costituzionale»²⁹, riferita all'oggetto del controllo della Corte, non fosse sufficientemente restrittiva per scongiurare detta eventualità, reputava necessario introdurre una disposizione volta a delimitare la competenza della Corte³⁰. La proposta, pur rimanendo senza esito in sede costituente, rappresentò il punto di partenza per l'emanazione di una futura disposizione.

Si tratta dell'articolo 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

La relazione sul disegno di detta legge permette di cogliere inequivocabilmente il fulcro della sua *ratio*. Il controllo della Consulta avrebbe dovuto essere rigorosamente circoscritto all'ambito giurisdizionale, al di sopra di qualsiasi valutazione di natura politica. L'indagine sulla legittimità costituzionale delle leggi avrebbe dovuto essere volta a stabilire in concreto se per il contenuto, oltre che per la forma, l'attività legislativa avesse rispettato la disciplina già in astratto stabilita dalle norme costituzionali, al di fuori di ogni giudizio di opportunità politica. E ciò indipendentemente dalla tipologia di disposizione costituzionale adottata quale parametro di giudizio; anche se la diversa elasticità di una norma di principio rispetto a una programmatica o a una di regola avrebbe, indubbiamente, dato un'impronta speciale alla funzione della Corte, consentendole un sindacato più o meno ampio sull'operato del Parlamento³¹. L'obiettivo della disposizione in questione era, perciò, quello di porre limiti e freni all'attività di garanzia costituzionale, allo scopo di evitare che la Corte potesse far emergere la componente politica del suo giudizio, fino a trasformarsi in una specie di super-parlamento³².

Con l'articolo 28 si esplicitò che «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Malgrado le numerose critiche della dottrina³³, detta disposizione, interpretata in modo sistematico, avrebbe dovuto avere una propria fondamentale e necessaria funzione: limitare l'area di competenza del giudice delle leggi allo *ius conditum*, riservando al Parlamento lo *ius condendum*³⁴.

²⁷ [Corsivo del testo originale] H. Kelsen, *Chi deve essere il custode della Costituzione?* in ID, *La giustizia costituzionale*, 1928, trad. it. C. Geraci (a cura di), Milano, Giuffrè, 1981, 254.

²⁸ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile - E. Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982, 111.

²⁹ Emendamento all'articolo 126, proposto da Costantino Mortati ed Egidio Tosato (AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, vol. V, cit., 4224); ora, articolo 134, primo alinea, della Costituzione.

³⁰ Articolo 126 *bis* del Progetto di Costituzione, proposto da Gaetano Martino: «La Corte non potrà pronunciarsi sulla validità degli atti legislativi e dei decreti, se non in relazione a quelle norme costituzionali, la cui interpretazione non giustifichi una pluralità di soluzioni, una delle quali sia stata adottata dal Parlamento o dal Governo. Essa si asterrà parimenti, nelle sue decisioni, dal pronunciarsi su questioni che implicino una valutazione dell'opportunità dei suddetti atti» (*ibidem*, 4237).

³¹ AA. VV., *Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente*, in *Atti parlamentari. Documenti - Disegni e relazioni*, n. 469, Roma, Camera dei Deputati, 17 aprile 1950, 9-11.

³² Seduta n. 593, 22 novembre 1950, in AA. VV., *Atti parlamentari. Discussioni*, testo n. 469, Roma, Camera dei Deputati, 23871-23872.

³³ Sebbene il dibattito parlamentare prestò notevole attenzione non solo all'aspetto sostanziale, ma anche a quello formale e lessicale dell'articolo 28, per non incorrere in contraddizioni e interpretazioni che *a contrariis* avrebbero potuto permettere un eccesso di sindacato da parte del giudice costituzionale (per una ricostruzione del dibattito parlamentare, seduta n. 667, 14 marzo 1951, in AA. VV., *Atti parlamentari. Discussioni*, testo n. 469, cit., 27101-27105), molti commentatori non hanno accolto con favore la disposizione, soprattutto per aver aggiunto elementi superflui, giungendo a definirla «inopportuna e incostituzionale» (G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Ius*, fasc. 3/1951, 382, nota 3), «aberrante» (P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, CEDAM, 1953, 184; M. CAPPELLETTI, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico*, in AA. VV., *Studi in memoria di P. Calamandrei, III*, Padova, CEDAM, 1957, 94), «superflua e imprecisa» (M. S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Rivista italiana per le scienze*

Il divieto per la Corte costituzionale di svolgere alcuna «valutazione di natura politica», pur apparendo a prima vista una mera riaffermazione degli articoli 134 e 136 della Costituzione³⁵, è una regola immediatamente integrativa delle disposizioni costituzionali.

Essa è volta a definire la fisionomia di un organo capace di interferire con il potere politico, dal momento che, alla stregua del puro principio di separazione dei poteri, il sindacato di legittimità costituzionale avrebbe potuto rappresentare un *vulnus* per le prerogative del potere legislativo. La norma era animata dall'esigenza di determinare i confini del controllo della Corte, i quali non avrebbero potuto discendere astrattamente e direttamente dal principio *montesquieuano*: era necessario esplicitare che il giudice delle leggi si sarebbe dovuto arrestare dinnanzi alle c.d. *political questions*³⁶.

Inoltre, il divieto di operare alcun «sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» chiarisce il fatto che la «politica» cui la norma fa riferimento non era da interpretare solo come *conflitto tra maggioranza e opposizione*, la cui composizione non sarebbe dovuta competere a un organo apartitico, ma anche come *attuazione della Costituzione*, ossia come scelta tra più soluzioni ugualmente legittime.

Il termine «discrezionale» era stato impiegato muovendo da due contrapposti presupposti: quello per cui il legislatore può (e deve) svolgere valutazioni di opportunità, ma non in modo totalmente arbitrario, dovendo necessariamente ricalcare quanto prefissato dalle norme costituzionali; e quello, opposto, che implica l'esistenza di un'attività legislativa non - espressamente - vincolata a precetti costituzionali, che ne indichino una direzione o una finalità³⁷. Non si discorreva, quindi, di una

giuridiche, 1954, nota 2), «ingenua» (P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e Autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc. 1/1956, 51, ripreso da N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di «opportunità» delle leggi*, in *Id* (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978, 57), «sbagliata» e «inutile» (P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, cit., 52), «infelice» (F. PIERANDREI, *In particolare, dell'«eccesso di potere» legislativo*, in *Enciclopedia del diritto*, voce *Corte Costituzionale*, X, 1962), «equivoca e contraddittoria» (C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968, 224), «tutt'altro che perspicua» (V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'Ordinamento costituzionale italiano*, Padova, CEDAM, 1984, 358), «infelice e criticatissima» (S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 3/2012, 619).

³⁴ A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Il Foro italiano*, vol. 103, n. 5, 1980, 120.

³⁵ A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 798.

³⁶ P. COSTANZO, *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in questa *Rivista, Studi 2006* (. Le suggestioni in tal senso derivano dall'esperienza della Corte Suprema americana, in particolar modo dalle parole pronunciate del giudice William J. Brennan, in *Baker v. Carr*, 396 U.S. 186 (1962), § 43: «*The nonjusticiability of a political question is primarily a function of the separation of powers. Much confusion results from the capacity of the "political question" label to obscure the need for case-by-case inquiry*». Cfr. C. PIPERINO, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, cit., 81 ss.

³⁷ A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 795-797; in questo senso S. STAIANO, *Introduzione*, in M. Scudiero - S. Staiano (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, Jovene editore, 1999, XIII, parla di «doppiezza del concetto di "discrezionalità"». E se così non fosse, allora sarebbe corretto considerare - come sostenne il primo commentatore dell'articolo 28, ancora prima della sua emanazione - la norma «inopportuna e incostituzionale»: la formula farebbe ritenere «che 1) le leggi [siano] atti discrezionali e quindi [siano] vincolate nel fine e 2) che, malgrado ciò, la Corte non [possa] esercitare nei loro confronti il sindacato sull'eccesso di potere». Circa il primo punto, una legge ordinaria non potrebbe essere competente a stabilire se le leggi siano atti politici (liberi nella determinazione del fine) o discrezionali (vincolati nel perseguimento di un fine), appartenendo tale prerogativa alle sole norme costituzionali; quanto poi al secondo punto, aderendo alla visione delle leggi come atti discrezionali, sarebbe errata l'esclusione del sindacato della Consulta sull'eccesso di potere, essendo l'inosservanza del fine cui un atto è vincolato un vizio di legittimità e non di merito: un tal limite violerebbe il principio di illimitatezza del sindacato giurisdizionale sulla legittimità delle disposizioni legislative e, conseguentemente, l'articolo 134 della Costituzione, che sancisce il controllo di legittimità delle leggi senza alcuna limitazione. L'articolo 28 sarebbe, dunque, «inopportuno» - pretendendo di prendere posizione sull'interpretazione di norme costituzionali con una legge ordinaria - e «incostituzionale», sia in modo eventuale - qualora fosse esatta un'interpretazione delle disposizioni della Costituzione

discrezionalità intesa in senso amministrativistico: pur non essendovi nel nostro ordinamento un generico principio di «libertà nel fine», in quanto un vincolo finalistico è ravvisabile sia nella c.d. legislazione specializzata sia nelle c.d. norme programmatiche³⁸ (e comunque, anche in queste ipotesi, è necessario rimodulare il concetto di discrezionalità, mancando la potestà legislativa di «doverosità» e difettando gli atti legislativi della necessaria «presenza motivata nella decisione di tutti gli interessi rilevanti»³⁹), non è ravvisabile in uno Stato pluralista un interesse pubblico costituzionalmente predefinito, al cui perseguimento l'attività legislativa sia vincolata o funzionalizzata in modo generale. Questa libertà non implica, però, direttamente la configurabilità di un'attività *praeter constitutionem*, in quanto vi sono norme costituzionali che, pur non disciplinando in modo diretto una specifica materia, fissano principi e obiettivi valevoli per una molteplicità di fattispecie. Infatti, «la funzione di indirizzo politico [deve tendere] *ad attuare la costituzione*, e quindi [fornire] agli organi dello Stato fini anche non contenuti nella Carta costituzionale, *ma sempre in armonia con essa*, e quindi *vincolati ad essa*»⁴⁰.

Dunque, con l'articolo 28 si avrebbe voluto escludere «un sindacato della Corte sulla scelta dei fini che il Parlamento, nei limiti - anche positivi però - costituzionalmente stabiliti, può operare, ma non già sul modo in cui, in relazione agli altri fini presenti in Costituzione, il Parlamento li realizza»⁴¹, potendo il giudice costituzionale annullare una legge, laddove il suo contenuto sacrifichi taluno di questi.

2.3. La debolezza della netta delimitazione tra legittimità e merito.

Prima di iniziare a valutare perché e come la Corte costituzionale si sia discostata dal modello delineato dai Padri costituenti, sono necessarie alcune precisazioni - utili, forse, anche per un primo tentativo di giustificazione dei sempre più ampi e meno prevedibili margini di decisione acquisiti dal giudice delle leggi - sull'asseritamente netta delimitazione tra la sfera giurisdizionale-costituzionale e la sfera politica-discrezionale posta alla base dei divieti in oggetto.

Innanzitutto, la politicità, essendo «consustanziale» sia all'idea di Costituzione - se si ritiene che la Carta sia il risultato di un «tentativo di razionalizzare giuridicamente la materia politica» e, perciò, «[abbia] e non potrebbe non avere per contenuto la materia politica»⁴² -, sia, naturalmente, all'idea di produzione legislativa, è una caratteristica «intrinseca» anche della giurisdizione costituzionale: la Corte è chiamata a confrontare, mediante le categorie giuridiche della giurisdizione, i valori politici espressi nelle leggi con quelli, altrettanto politici, espressi nella Costituzione. Se anche la materia politica deve essere disciplinata solo dal Parlamento e, prima ancora, dalla Costituzione, quella stessa materia non può non essere oggetto di valutazione da parte della Consulta, sia pure in forma giurisdizionale e non legislativa e limitatamente al parametro

differente da quella da esso accolta -, che in modo intrinseco - poiché, partendo dalla premessa che le leggi, in quanto atti discrezionali, possano essere viziate da eccesso di potere, escluderebbe il potere della Consulta di indagare su questo vizio, provocando un'indebita contrazione del sindacato della Corte costituzionale rispetto a quello che risulta dalla Costituzione (G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, cit., 381-382, nota 3. Cfr. ID, *Profili costituzionali, amministrativi e processuali delle leggi per l'Altopiano silano e sulla riforma agraria e fondiaria*, in *Il foro italiano*, vol. 75, n. 4, 1952, 74-75).

³⁸ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano, Giuffrè, 1970, 343-344.

³⁹ L. PALADIN, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, fasc. 1/1964, 311-314.

⁴⁰ [Corsivo del testo originale] P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, cit., 48-49.

⁴¹ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, cit., 347.

⁴² F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione*, 1952, in ID, *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1964, 158.

costituito dai valori espressi in Costituzione⁴³. Quindi il modello originario andrebbe così re-interpretato: la Corte costituzionale accoglie una questione di legittimità costituzionale laddove, svolgendo una valutazione politica di “terzo grado”, riscontri che la valutazione politica di “secondo grado” compiuta dal legislatore sia contrastante con quella di “primo grado” contenuta nella Costituzione⁴⁴. Seppur per via mediata, perciò, la Corte non può non partecipare all’attuazione della Costituzione e in ciò si concretizza la sua ineludibile «anima “politica”»⁴⁵. Quello che le è - *rectius*, dovrebbe esserle - inibito è lo svolgimento di una nuova o diversa valutazione politica di “secondo grado”, posta in essere mediante l’annullamento di una legge per questioni di mera opportunità ovvero mediante l’introduzione nella sentenza di una *pars construens*, specialmente se non costituzionalmente obbligata.

Inoltre, se non vi può essere una legislazione *praeter constitutionem*, allora anche quello «spazio vuoto»⁴⁶ deve in ogni caso essere conforme ai fondamentali valori costituzionali, tra i quali emergono i principi di uguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità⁴⁷. «In teoria, nulla è fuori di una Costituzione interpretata con intelligenza»⁴⁸ e quest’interpretazione è, in ultima istanza, affidata alla Corte costituzionale stessa.

Non essendo l’estensione della discrezionalità definibile a priori, se non in termini vaghi e imprecisi, essa è rimessa in ampia misura alla capacità di autolimitazione (o autocontrollo) del giudice costituzionale stesso. Per questo motivo, è stato affermato che la Corte da «custode istituzionale delle attribuzioni dei singoli poteri e giudice delle controversie riguardanti i conflitti relativi, è divenuta surrettiziamente potere “re distributore” delle attribuzioni»⁴⁹.

L’impossibilità di eterodeterminare in modo netto e assoluto il confine tra il campo della legittimità, appartenente alla Corte, e quello del merito, appartenente al legislatore, ha consentito al

⁴³A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in [Rivista AIC](#), fasc. 4/2019, 156-157; ID, *Sull’intrinseca “politicità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in [Federalismi.it](#), fasc. 5/2017, 5-6. Questo assunto diviene più chiaro considerando che, «essenzialmente e in ultima istanza, la Costituzione “tenta” di giuridicizzare la profonda, universale e inevitabilmente indeterminata aspirazione umana alla giustizia» (ID, *op. ult. cit.*, 5) e che la Corte costituzionale è «un organo dotato di compiti di “giustizia”, più che solo di stretta giurisdizione» (P. GROSSI, [Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2015](#), 2). Se la legalità è la conformità al diritto positivo, invece, la legittimità, è la coerenza con le ragioni pre-positive di “giustizia” ed è il legislatore che definisce, mediante un’attività politica, cosa sia la “giustizia” nella sua dimensione sociale e materiale: laddove tale concretizzazione non sia adeguata, secondo i valori costituzionali, alle situazioni che la legge pretende di regolare, il giudice costituzionale interviene con il giudizio di “giustizia”, svolgendo dunque esso stesso una valutazione, in questo senso, di natura politica (G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., 172-178).

⁴⁴ Valutazione che in molti casi, com’è stato sostenuto, comporta l’applicazione di «norme costituzionali che sono frequentemente incomplete, reticenti, lacunose, ambigue, e che spesso si limitano (a differenza di quelle ordinarie) a stabilire il *fine*, che talvolta è puntualizzato in un *valore supremo* (uguaglianza, giustizia, dignità, ecc.). Occorre dunque che la Corte costituzionale integri le norme alla luce dei valori politici fondamentali; per cui la attività di essa è di interpretazione creatrice, teleologica» [corsivo del testo originale] (P. BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, cit., 54-55); norme contenenti pericolosi «termini troppo generici» (H. KELSEN, *Chi deve essere il custode della Costituzione*, cit., 254).

⁴⁵ Sul senso di tale espressione, R. ROMBOLI, *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁴⁶ [Sent. n. 172 del 1999](#), cons. dir. 2.1.

⁴⁷ A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., 156.

⁴⁸ S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2015, 34.

⁴⁹ L. ARCIDIACONO, *Discrezionalità legislativa e giurisprudenza della Corte a confronto in tre recenti decisioni*, in *Teoria dello stato e del diritto*, fasc. 2/2009, 216; nello stesso senso, R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017, 241; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 130-131; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, 331, 342 ss.

giudice costituzionale di «alternare i tempi e le occasioni della prudenza a quelli dell'audacia, secondo un movimento di espansione e di contrazione»⁵⁰.

Così, la debolezza dell'articolo 28 si è tramutata in occasione e i divieti in esso contenuti sono diventati «croce e delizia della giurisdizione costituzionale, costituendone nel contempo il limite, ma anche un oggetto di valutazione»⁵¹, per spostare il confine tra legittimità e merito in base a ciò che le «circostanze di volta in volta consigliano»⁵².

3. La Corte costituzionale nel contesto.

Proprio il rapporto con il contesto storico e politico-istituzionale permette di procedere nella comprensione dell'evoluzione del nostro giudice delle leggi, verso una direzione sempre più intraprendente.

Un primo fattore caratterizzante l'attuale contesto è individuabile nell'affermazione di nuovi paradigmi giuridici derivanti dal diritto sovranazionale e internazionale, che, se da un punto di vista sostanziale, influenzano il costituzionalismo nazionale, da un punto di vista sistematico, inducono il nostro giudice costituzionale a confrontarsi con differenti corti di giustizia e a interrogarsi sul proprio ruolo. Un altro fattore che incide sulla tenuta delle strette maglie del giudizio della Corte è lo sviluppo della società e delle scienze, che, trovando soluzioni insoddisfacenti nelle determinazioni degli organi politici, ricerca un luogo di espressione negli organi di garanzia; e così, ancora oggi, si rinvengono questioni di legittimità basate su una *fictio litis*, volte ad attivare processi di modernizzazione dell'ordinamento. Vi è, infine, accanto alla contingente problematica rappresentata da interventi legislativi mal coordinati e sviluppati sempre più negli uffici legislativi dei ministeri o delegati a decreti attuativi, un fattore che fin dall'inizio della storia della giustizia costituzionale italiana, ha indotto - e talvolta costretto - la Corte a rimeditare i confini del proprio ruolo: si tratta dell'inerzia del legislatore e del mancato seguito legislativo delle decisioni del giudice delle leggi⁵³.

È tale ultimo profilo che particolarmente rileva nel quadro del presente lavoro.

3.1. *L'horror vacui e le sentenze autoapplicative.*

In «linea di principio»⁵⁴, il soggetto legittimato a «concretizzare» i valori costituzionali, ponendoli a contatto con le fattispecie concrete per trasformarli in regole, è il legislatore; la Consulta dovrebbe limitarsi, nel giudizio di costituzionalità negativo-eliminativo, a vagliare il prodotto legislativo, in quanto la scelta tra le diverse possibilità di concretizzazione non è - *rectius* non dovrebbe essere - nella sua disponibilità⁵⁵.

Ma quali conseguenze laddove, successivamente all'annullamento di una legge, si crei un vuoto normativo nel sistema e le circostanze precludano a un'inattività del legislatore? E quali conseguenze laddove, successivamente a un mero accertamento di incostituzionalità, il Parlamento rimanga

⁵⁰ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., 237.

⁵¹ P. COSTANZO, [Legislature e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività](#), cit.

⁵² A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 817. Nello stesso senso, E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, cit., 78-79, parla di «fluidità nei rapporti tra organo di controllo e organo parlamentare».

⁵³ Cfr. sul tema, D. TEGA, *La Corte costituzionale nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit.

⁵⁴ Cfr. [ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 10.

⁵⁵ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., 223-228.

inerte? Durante il dibattito svoltosi in Assemblea costituente era velatamente emerso il problema dell'*horror vacui* successivo a una sentenza di accoglimento e si notava come «[sarebbe potuto avvenire] che per un periodo di tempo, non [si sa] quanto lungo, rapporti che [potevano] essere anche fondamentali, non [venissero] regolati da nessuna legge»⁵⁶. La Commissione, però, suppose di superare «le incertezze con questo dilemma: o la legge annullata è una legge completamente nuova, e allo stesso modo in cui si è potuto andare avanti per lungo tempo senza la legge, si potrà proseguire ancora per qualche tempo, in attesa che il Parlamento rifaccia la legge in termini corrispondenti alla Costituzione; o la legge è semplicemente novativa di disposizioni che esistevano in precedenza e si rimarrà all'antico»⁵⁷.

I Padri costituenti si limitarono a stabilire (in modo ambiguo) che «la decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere e ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali»⁵⁸.

Nonostante a livello ordinario⁵⁹ e regolamentare⁶⁰ siano state emanate alcune disposizioni sul c.d. seguito legislativo delle sentenze della Corte⁶¹, la prospettata «collaborazione nel rispetto delle reciproche sfere di competenza»⁶² ha presto mostrato segni di scarsa, se non nulla, efficacia⁶³.

Dinnanzi a moniti rimasti inascoltati o termini invano concessi e alla contestuale impossibilità di coartare il legislatore *manu militari*⁶⁴ a intervenire raggiungendo delicati equilibri politici, la paura di vuoti normativi non colmabili in via d'interpretazione⁶⁵ e la necessità di non far sopravvivere situazioni di illegittimità hanno provocato «mutazioni genetiche» dell'originario modello di giustizia costituzionale⁶⁶: il giudice delle leggi adotta (anche) sentenze «*autoapplicative*»⁶⁷, ossia

⁵⁶ Orazio Condorelli, seduta pomeridiana di sabato 29 novembre 1947, in AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, vol. V, cit., 4264.

⁵⁷ Paolo Rossi, seduta pomeridiana di sabato 29 novembre 1947, *ibidem*, 4269.

⁵⁸ Articolo 136 comma 2 della Costituzione. In realtà, la *ratio* di tale disposizione non deriva dalla consapevolezza della sussistenza di un problema di «seguito» inteso quale varietà di soluzioni legislative praticabili per rimediare al vuoto causato dalla pronuncia costituzionale, ma nasce dalla necessità di definire la considerazione da attribuire alla legge oggetto di giudizio nell'ottica di un giudice costituzionale in grado di emettere decisioni meramente dichiarative: il «seguito» di cui all'articolo 136 della Costituzione si riferiva alla possibilità per il Parlamento di abrogare la legge invalidata dalla Consulta ovvero di procedere a riprodurre il contenuto nella «forma costituzionale» della revisione costituzionale. Anche quando i Padri costituenti decisero di attribuire alle sentenze della Corte effetti costituiti, si voleva riferire la disposizione all'eventualità che il legislatore reintroducesse la norma censurata; sebbene non si spieghi l'esplicita menzione di «forme costituzionali» di «seguito», non essendo mai stato dubbio che i vuoti provocati dalle decisioni di accoglimento debbano essere riempiti nelle stesse «forme» legislative degli atti caducati (A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, Giuffrè, 1988, 26-34).

⁵⁹ Articolo 30 della legge 11 marzo 1953, n. 87.

⁶⁰ Articolo 108 del Regolamento della Camera dei deputati; articolo 139 del Regolamento del Senato.

⁶¹ Cfr. sul tema N. ASSINI, *Il seguito (legislativo) delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento*, in AA. VV., *In onore di Vezio Crisafulli. I. Scritti su la giustizia costituzionale*, Padova, CEDAM, 1985, 21-44; A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, cit..

⁶² G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in AA. VV., *In onore di Vezio Crisafulli. I. Scritti su la giustizia costituzionale*, Padova, CEDAM, 1985, 793.

⁶³ Sul punto, E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, cit., 80-82.

⁶⁴ A. RUGGERI, [Venuto alla luce alla Consulta l'irrocervo costituzionale](#), cit. 573.

⁶⁵ È sempre tale esigenza alla base delle pronunce manipolative e mai un generico e opinabile principio di conservazione degli atti legislativi, che si vorrebbe far derivare all'articolo 1419 del codice civile, ma che difficilmente potrebbe ritenersi applicabile nel giudizio di costituzionalità (G. Branca - G. Maranini, a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi Editore, 1966, 61); anche perché c'è da chiedersi «se di conservazione si possa ancora parlare di fronte a norme che escono profondamente trasformate dalla "plastica" costituzionale» (C. PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2/1975, 653).

⁶⁶ C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013, 93-94.

decisioni i cui effetti manipolativi, additivi o sostitutivi, del dettato normativo si esplicano «senza che occorra in assoluto (bensì solo per una più integrale e sistematica attuazione) *interpositio* del legislatore»⁶⁸.

*Quod non fecerunt conditores, faciunt iudices*⁶⁹.

È innegabile che con questo atteggiamento la Corte costituzionale si ingerisca nel campo della discrezionalità legislativa, attuando la Costituzione; soprattutto quando fuoriesce dal perimetro del costituzionalmente obbligato, per addentrarsi in quello del costituzionalmente possibile. D'altra parte, però, in presenza di un legislatore «nel torpore»⁷⁰ - non necessariamente per cattiva intenzione, ma anche a causa dell'instaurarsi di un difficoltoso e troppo lungo dibattito politico⁷¹ - un tale attivismo può risultare condizione necessaria per una continua correzione e un progressivo sviluppo del sistema normativo, secondo i valori e i principi costituzionali, nella loro costante evoluzione.

4. La materia penale.

La problematica della scarsa sintonia tra le esigenze di adeguamento costituzionale e gli interventi dell'organo politico è sempre stata particolarmente evidente in ambito penale. È, infatti, principalmente pronunciandosi in questa materia che il giudice delle leggi ha, nel corso degli anni, innovato il proprio ruolo.

Ripercorrere il moto innovativo della giurisprudenza costituzionale significa necessariamente confrontarsi con quella parte della dottrina (per il vero, maggioritaria) che in plurime occasioni ha preso le distanze dalle modalità di giudizio della Consulta e ha criticato i contenuti delle sue decisioni. Ed è altrettanto necessario confrontarsi con la terminologia utilizzata da questa dottrina: concetti ed espressioni che enfatizzano il ruolo “ingombrante” assunto dalla Corte, ma dai quali non è possibile prescindere, se si vuole affrontare la tematica in maniera dialettica.

4.1. L'articolo 25 comma 2 della Costituzione.

Un susseguirsi di *revirements* ampliativi della competenza di garanzia ha caratterizzato il rapporto intercorrente tra il diritto penale e la Corte costituzionale; non senza dar adito a diffidenze nell'accettare che un organo privo di legittimazione democratica scalfisca la riserva di legge prevista dal secondo comma dall'articolo 25 della Costituzione, modificando la politica criminale così come delineata dal Parlamento.

⁶⁷ [Corsivo del testo originale] V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978, 80.

⁶⁸ E. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)*, in AA. VV., *In onore di Vezio Crisafulli. I. Scritti su la giustizia costituzionale*, Padova, CEDAM, 1985, 314, il quale riporta le parole della relazione - non pubblicata e citata per mezzo di fotocopia del dattiloscritto di A. De Stefano alla terza Conferenza delle Corti costituzionali europee, svoltasi a Roma dal 20 al 22 ottobre 1976, intitolata *Giustizia costituzionale e potere legislativo in Italia*, 24.

⁶⁹ G. D'ORAZIO, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, fasc. 1/1992, 66.

⁷⁰ E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* in *Quaderni costituzionali*, fasc. 3/2019, 554. Il legislatore è stato addirittura definito «pachidermico e incapace di mediare tra istanze contrapposte» (A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla unvereinbarerklärung? (osservazioni su corte costituzionale, ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019)*, in *Nomos*, fasc. 3/2019, 18).

⁷¹ R. DICKMANN, *Considerazioni sui profili funzionali processuali e politici delle ordinanze monitorie di rinvio della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, fasc. 22/2021, 49.

Nel valutare la congruenza degli interventi della Corte in materia penale con l'ordinamento costituzionale, prima di prendere in considerazione la direzione - positiva o negativa per il reo - assunta dall'eventuale decisione di illegittimità e prima ancora di differenziare la portata di una decisione di pura cassazione rispetto a una manipolativa, si vorrebbe far derivare l'inibizione di pronunce in detto ambito dall'incidenza che esse potrebbero avere sul sistema normativo⁷². A ben guardare, tutta l'attività della Corte ha un forte riverbero sulle scelte legislative: le «operazioni chirurgiche»⁷³ del sistema penale derivano, infatti, non solo dalle sentenze che manipolano il diritto vigente, ma anche da quelle che semplicemente annullano una disposizione o rimuovono una parte di questa, le quali possono produrre effetti quantitativamente o qualitativamente tanto gravi quanto le prime⁷⁴. Allora, alla Consulta dovrebbe essere precluso qualsiasi tipo di intervento in ambito penale; campo che rimarrebbe immune al controllo di costituzionalità. Il secondo comma dell'articolo 25 della Costituzione costruirebbe, così, una deroga agli articoli 134 e 136 della Costituzione⁷⁵, di certo non voluta dai Padri costituenti (che, anzi, ritenevano non si potesse completamente ovviare ai pericoli «per la difesa della libertà»⁷⁶ solamente mediante gli articoli della Costituzione, ma semmai «attraverso la Corte costituzionale»⁷⁷, alludendo alla possibilità che quest'ultima svolgesse il controllo di costituzionalità anche sulle norme penali⁷⁸), né oggi auspicabile.

Pur non potendo, dunque, mettere in dubbio che la competenza del giudice delle leggi ricopra anche la materia penale, plurime sono state le argomentazioni utilizzate per dimostrare come il secondo comma dell'articolo 25 della Costituzione precluderebbe l'adozione di sentenze additive e sostitutive.

La presunta inammissibilità di queste ultime è stata fatta derivare dalla «particolarissima natura delle norme» che formano l'oggetto della precipua riserva di legge⁷⁹, che non potrebbe essere soddisfatta da atti normativi che non parlano «il linguaggio piano e diretto che si può e si deve pretendere da una legge»⁸⁰; dalla natura frammentaria del diritto penale, a causa della quale da piccole e singole modifiche normative potrebbero derivare vere e proprie disarmonie, cui la Corte

⁷² V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 455.

⁷³ M. D'AMICO, *Ai confini (nazionale e sovranazionali) dei favor rei*, in AA. VV., *Ai confini del "favor rei". Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia*, Torino Giappichelli, 2005, 15.

⁷⁴ Un esempio lampante di tale situazione è rappresentato dalla [sent. n. 440 del 1995](#): pur dichiarando «preclusa ogni valenza additiva della presente pronuncia, di per sé preclusa dalla particolare riserva di legge in materia di reati e di pene», il risultato che il giudice delle leggi ha ottenuto mediante una decisione di accoglimento parziale - dal punto di vista testuale - è identico, in sostanza, a quello cui sarebbe giunto mediante una pronuncia additiva. La Corte ha suddiviso l'articolo 724 del codice penale in due parti: la prima è stata sottratta alla censura di incostituzionalità, riguardando la bestemmia contro la Divinità in genere, senza distinzioni o discriminazioni (anche se, in realtà, la disposizione era stata concepita dal legislatore come strumento di tutela della sola religione cattolica); la seconda, invece, prevedendo il reato di bestemmia contro i Simboli e le Persone della sola religione cattolica, è stata annullata per violazione del principio di uguaglianza. Così, la rilevanza penale è stata estesa alla bestemmia contro qualsiasi religione e a identica conclusione, la Corte sarebbe potuta giungere mediante una sentenza manipolativa volta a dichiarare incostituzionale la disposizione nella parte in cui non prevede la medesima fattispecie penale a tutela di tutte le confessioni religiose.

⁷⁵ A. PIZZORUSSO, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1/1982, 308-309.

⁷⁶ La Pira, in AA. VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VI, Roma, Camera dei deputati, Segretario generale, 1971, 370.

⁷⁷ De Vita, *ibidem*.

⁷⁸ I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., 18.

⁷⁹ L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di uguaglianza: aprile 1979 - dicembre 1983*, in AA. VV., *In onore di Vezio Crisafulli. I. Scritti sulla giustizia costituzionale*, Padova, CEDAM, 1985, 663.

⁸⁰ C. PEDRAZZI, *Inefficaci le sentenze manipolative in materia penale?* cit., 647.

dovrebbe nuovamente porre rimedio, alimentando così un «circolo vizioso»⁸¹; dal fatto che «la riserva di legge in questione opererebbe fra fonti di pari livello nella scala gerarchica[:] non si tratterebbe di una riserva simile a quella che opera fra legge e regolamento (oppure fra Costituzione e legge, ecc.), bensì a quella prevista nei rapporti fra legge del Parlamento approvata in aula e legge del Parlamento approvata in commissione»⁸².

Considerando che talvolta interventi settoriali di difficile coordinazione provengono dallo stesso Parlamento e che non vi è un espresso divieto di concorrenza tra fonti primarie⁸³, appare più confacente al sistema far derivare il limite alle sentenze manipolative in materia penale non da una speciale riserva di legge ma dal divieto per la Corte costituzionale - previsto dagli articoli 134 e 136 della Costituzione, come esplicitato dall'articolo 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, e avvalorato in ambito penale dal secondo comma dell'articolo 25 - di svolgere valutazioni di natura politica e sindacati sull'uso del potere discrezionale del Parlamento. «La configurazione delle ipotesi criminose e la determinazione delle sanzioni per ciascuna di esse rientrano nella discrezionalità del legislatore. Gli apprezzamenti in ordine alla “meritevolezza” e al “bisogno di pena” – dunque, relativi all'opportunità del ricorso alla tutela penale e sui livelli ottimali della stessa – sono infatti, per loro natura, tipicamente politici: con la conseguenza che un sindacato sul merito delle scelte legislative è possibile solo ove esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio»⁸⁴. Le questioni penali, appare chiaro, rappresentano un tipico esempio di quelle c.d. *political questions* che i Padri costituenti avrebbero voluto con fermezza espungere dall'ambito di competenza della Consulta, riservando le determinazioni in tale materia alla politica, intesa quale attuazione della Costituzione nella dinamica tra maggioranza e opposizione, così da garantire la democraticità delle decisioni concernenti la libertà dei consociati. Però, superata l'originaria concezione che la stessa Corte aveva di sé, per la quale qualsivoglia fosse l'oggetto del sindacato, «nel caso di accoglimento del ricorso, [non avrebbe potuto adottare] decisioni diverse dalla dichiarazione d'illegittimità di determinate norme»⁸⁵; dopo un'iniziale fase giurisprudenziale nel corso della quale la Consulta riteneva che qualsiasi scelta in materia penale fosse «eminentemente politica» e perciò «riservata dall'art. 25 della Costituzione al solo legislatore, restando esclusa ogni possibilità di intervento

⁸¹ A. PUGIOTTO, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività delle fattispecie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, 4204.

⁸² A. PIZZORUSSO, *Sui limiti della potestà normativa della Corte costituzionale*, cit., 308-309.

⁸³ Non è, infatti, pacifico se l'articolo 25 comma 2 della Costituzione si riferisca alla legge in senso materiale (cfr. *ex pluribus*, A. PAGLIARO, *Il concetto di legge nell'art. 25 cost. e negli art. 1 e 199 c.p. (legge costituzionale, legge ordinaria formale, legge delegata, decreto-legge, decreti governativi in tempo di guerra, bandi militari)*, in *Enciclopedia del diritto*, voce *Legge penale*, XXIII, 1973) ovvero in senso formale (cfr. G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2015, 41-43).

⁸⁴ [Sent. n. 394 del 2006](#), cons. dir. 7.1. Più recentemente, cfr. [sentt. n. 141 del 2019](#), cons. dir. 7.1: «Per costante giurisprudenza di questa Corte, l'individuazione dei fatti punibili, così come la determinazione della pena per ciascuno di essi, costituisce materia affidata alla discrezionalità del legislatore. Gli apprezzamenti in ordine alla “meritevolezza” e al “bisogno di pena” – dunque, sull'opportunità del ricorso alla tutela penale e sui livelli ottimali della stessa – sono, infatti, per loro natura, tipicamente politici [...] Le scelte legislative in materia sono pertanto censurabili, in sede di sindacato di legittimità costituzionale, solo ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio»; [n. 95 del 2019](#), cons. dir. 2: «Le coordinate dello scrutinio risultano, dunque, segnate dalla nota e costante giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale la configurazione delle fattispecie criminose e la determinazione della pena per ciascuna di esse costituiscono materia affidata alla discrezionalità del legislatore. Gli apprezzamenti in ordine alla “meritevolezza” e al “bisogno di pena” – dunque, sull'opportunità del ricorso alla tutela penale e sui livelli ottimali della stessa – sono, infatti, per loro natura, tipicamente politici [...] Le scelte legislative in materia sono pertanto censurabili, in sede di sindacato di legittimità costituzionale, solo ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio». Nello stesso senso, già [sent. n. 161 del 2004](#), cons. dir. 7.1: la «valutazione legislativa in termini di “meritevolezza” ovvero di “bisogno” di pena, [è] idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale».

⁸⁵ [Sent. n. 19 del 1956](#), cons. dir.

attraverso sentenze cosiddette additive»⁸⁶; dinnanzi a notevoli violazioni del principio di ragionevolezza, il giudice costituzionale, sempre ispirato al «rispetto dei rapporti tra poteri istituzionali»⁸⁷, ha iniziato a pronunciare sentenze manipolative solamente alla duplice condizione che gli effetti della propria sentenza fossero in *bonam partem* e che la soluzione adottata fosse costituzionalmente obbligata. Laddove, cioè, almeno formalmente, la libertà personale non fosse ristretta da scelte di natura eminentemente politica.

4.2. *Gli effetti in bonam e in malam partem.*

Difatti, in ragione sia della sussidiarietà dello strumento penale, da considerare quale *extrema ratio* dell'ordinamento, che della dottrina del bene giuridico⁸⁸, per cui non vi è un'automatica tutela penale per ogni bene costituzionalmente rilevante, nonché della necessità di individuare tra i fatti illeciti quelli da elevare al rango di reati, le lacune dell'ordinamento penale non sono - quasi mai - tecnico-giuridiche, bensì politiche⁸⁹. È, però, necessario tener presente che, «qualora alla preclusione dello scrutinio di costituzionalità *in malam partem* fosse attribuito carattere assoluto, si determinerebbe, in effetti, una situazione palesemente incongrua: venendosi a riconoscere, in sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole»⁹⁰, magari *ad personam*.

Così, al fine di evitare la sopravvivenza di «zone franche, del tutto imprevedute dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile»⁹¹, dopo aver superato con una sentenza-saggio lo scoglio della rilevanza delle questioni di costituzionalità con risvolti sfavorevoli al reo⁹², la Corte costituzionale ha ritenuto ammissibile il sindacato di legittimità sulle

⁸⁶ [Sent. n. 42 del 1977](#), cons. dir. 4.

⁸⁷ F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio "fondamentale"*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 36, II, 2007, 1302.

⁸⁸ Per un'analisi del concetto di bene giuridico, *ex pluribus*, G. FIANDACA, *Il «bene giuridico» come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 1/1982, 42 ss.

⁸⁹ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 2/2019, 786-787. Oltre il reato di tortura, la cui inderogabile rilevanza penale è imposta dal quarto comma dell'articolo 13 della Costituzione, in realtà, sembrano esistere obblighi di criminalizzazione di matrice sovranazionale e comunitaria: sono i c.d. «obblighi di penalizzazione» che «impongono agli Stati parte il compito di mettere in movimento il proprio sistema penale sostanziale con lo scopo di assicurare, per attenersi al caso della CEDU, la reale efficacia dei diritti garantiti dalla Convenzione. Tali obblighi si declinano, a loro volta, in diverse ipotesi, quali la domanda di introdurre una fattispecie modellata sulla norma incriminatrice-tipo adottata in diritto internazionale; l'obbligo di garantire una tutela adeguata degli interessi in gioco mediante il ricorso a sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive o il cui minimo vada oltre determinati massimi editati fissati a livello internazionale; talvolta - ma è ipotesi maggiormente remota - attraverso la richiesta di emendare la parte generale dei codici penali, come nel caso in cui oggetto dell'obbligo sia una regola in materia di responsabilità penale» (S. MANACORDA, *Dovere di punire? Gli obblighi di tutela penale nell'era dell'internazionalizzazione del diritto*, in *Rivista AIC*, fasc. 4/2012, 1373). Questo potere sovranazionale e comunitario di «criminalizzare senza punire» (C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cassazione penale*, fasc. 3/2010, 1146-1147), relegando il Parlamento a fungere da portavoce di valutazioni sulla meritevolezza e sul bisogno di pena già operate, è annoverabile, quale fattore «esogeno», tra le cause della «crisi» della riserva di legge (V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 520-523).

⁹⁰ [Sent. n. 394 del 2006](#), cons. dir. 6.1.

⁹¹ [Sent. n. 148 del 1983](#), cons. dir. 3.

⁹² Ci si riferisce alla [sent. n. 148 del 1983](#): dopo aver ribadito che il principio di irretroattività in materia penale è un «fondamentale principio di civiltà giuridica», la Consulta ha osservato, in primo luogo, come l'eventuale accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale aventi a oggetto norme penali di favore inciderebbe sia sui dispositivi delle sentenze, che sul loro schema argomentativo, modificandone la *ratio decidendi*; in secondo luogo, ha sottolineato che non è suo compito stabilire in quali modi il sistema potrebbe reagire a una sentenza di annullamento, problema di competenza dei giudici comuni; infine, ha ricordato che essa non è vincolata all'alternativa secca tra accoglimento e

norme che «sottraggono» una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva», ma non - ancora - su quelle che «delimitano» l'area di intervento di una norma incriminatrice, concorrendo alla definizione della fattispecie di reato», in quanto solo all'annullamento delle prime potrebbe seguire l'«automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore», senza la necessità di svolgere «una valutazione legislativa in termini di meritevolezza ovvero di bisogno di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale»⁹³,⁹⁴.

4.3. Dalle «rime obbligate» ...

Fino a pochi anni fa, a ogni modo, il giudice delle leggi sembrava inamovibile nell'esigere che la parte additiva o sostitutiva della sentenza fosse a «rime obbligate». Com'è noto, secondo la teoria crisafulliana, la Consulta «non crea, essa, liberamente (come farebbe il legislatore) la norma, ma si limita a individuare quella - già implicita nel sistema e magari addirittura ricavabile dalle stesse disposizioni costituzionali di cui ha fatto applicazione - mediante la quale riempire immediatamente la lacuna, che altrimenti resterebbe aperta nella disciplina della materia, così conferendo alla pronuncia adottata capacità autoapplicativa»⁹⁵. Individuato il parametro costituzionale violato - primo fra tutti il principio di uguaglianza, nelle sue diverse declinazioni, ex articolo 3 della Costituzione⁹⁶ - e un legittimo *tertium comparationis*⁹⁷, è come se il giudice delle leggi agisse «sotto dettatura della Costituzione»⁹⁸, introducendo nel sistema la sola soluzione costituzionalmente possibile.

A questa condizione, anche la più ribelle giurisprudenza ordinaria⁹⁹ abbandonava la concezione - dai non semplici risvolti - per cui l'efficacia *erga omnes* delle sentenze manipolative dovesse essere propria solo del «profilo ablatorio» e non anche del «profilo ricostruttivo»¹⁰⁰.

rigetto, potendo pronunciarsi con sentenze interpretative o comunque correttive, incidenti sull'esito del giudizio *a quo* (cons. dir. 3). La rilevanza di tali questioni era stata, fino a quel momento, negata dalla Corte costituzionale, sul presupposto che, «in virtù della irretroattività delle sanzioni penali più sfavorevoli all'imputato, quale si desume dagli artt. 25 della Costituzione e 2 del codice penale, il giudice *a quo* dovrebbe in ogni caso applicare nella concreta fattispecie la disposizione più favorevole all'imputato, cioè quella denunciata di incostituzionalità» ([sent. n. 91 del 1979](#), cons. dir. 2; nello stesso senso, [sentt. n. 122 del 1977](#), [n. 85 del 1976](#), [n. 26 del 1975](#), [n. 62 del 1969](#)). Il tema era stato ampiamente dibattuto in dottrina: cfr. M. DOGLIANI, *irrelevanza "necessaria" della quaestio relativa a norme penali di favore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, 586 ss.; F. MODUGNO, *Sulla pretesa incostituzionalità del requisito della «rilevanza» per le quaestiones legitimitatis*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1971, 1221 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, 1001 ss. Per una ricostruzione attuale, A. LOLLO, *Sindacato di costituzionalità e norme penali di favore*, Milano, CEDAM, 2017.

⁹³ [Sent. n. 161 del 2004](#), cons. dir. 7.1.

⁹⁴ [Sent. n. 394 del 2006](#), cons. dir. 6.1.

⁹⁵ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'Ordinamento costituzionale italiano*, cit., 407-408.

⁹⁶ Per un approfondimento sul giudizio di uguaglianza, *ex pluribus*, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2012, 49 ss.

⁹⁷ Per un'approfondita analisi delle problematiche sorte intorno alla figura del *tertium comparationis*, L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale d'eguaglianza: aprile 1979 - dicembre 1983*, cit., 627 ss.

⁹⁸ 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.](#), fasc. 2/2019, 649.

⁹⁹ V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 458-459. Cfr. *ex pluribus*, Cass. sez. un. 26 maggio 1984 - 15 giugno 1984, n. 5655 in relazione alle sentenze della Corte costituzionale [n. 26 del 1979](#) e [n. 103 del 1982](#).

¹⁰⁰ N. PICARDI, *Le sentenze «integrative» della Corte costituzionale*, in *Rivista di diritto processuale*, fasc.1/1975, 70-73. Ad esempio, nel caso di sentenze manipolative di cornici sanzionatorie, ritenere efficace *erga omnes* la sola *pars destruens* della decisione potrebbe far considerare integralmente caducata la cornice edittale, con la conseguente perdita di rilevanza giuridica del precetto penale, privo di sanzione: così alterando completamente la scelta politica del

Il controllo di costituzionalità in materia penale era, quindi, costretto entro la «camicia di forza»¹⁰¹ di un «monopolizzante schema triadico»¹⁰²: in assenza di un'unica calzante fattispecie comparativa, la Corte costituzionale non avrebbe potuto introdurre nella pronuncia una *pars construens* e, per non creare un *vulnus* normativo, esso stesso incostituzionale, dichiarava l'inammissibilità per discrezionalità del legislatore della questione di legittimità, anche «al cospetto di macroscopiche esagerazioni punitive, tanto anacronistiche quanto irragionevoli, spesso messe a nudo da fatti concretamente bagatellari»¹⁰³.

Così, il giudice delle leggi accertava l'incostituzionalità ma non la dichiarava.

La Corte disse «a ciascuno il suo»¹⁰⁴; ma in molti casi riconoscere il «suo» del legislatore significava necessariamente per il giudice costituzionale dichiararsi impotente¹⁰⁵ e rinunciare al proprio «suo», con la conseguenza che la legge impugnata, seppur reputata illegittima, continuava a produrre effetti nell'ordinamento¹⁰⁶.

L'unica *chance* per «attenuare la propria frustrazione»¹⁰⁷ derivante dal dover abdicare al ruolo di garante della Costituzione¹⁰⁸ era rappresentata dal tentativo di instaurare una collaborazione con il Parlamento, inviandogli moniti affinché esercitasse la discrezionalità legislativa che a esso solo dovrebbe competere: tecnica «inappagante»¹⁰⁹, dal momento che la maggior parte di questi inviti a intervenire sono rimasti inascoltati.

4.4. ... alle «rime possibili».

Dinnanzi a una cooperazione fallita, la Corte costituzionale, dimostrando sempre più di essere «sostanzialmente “giudice di sé stesso”»¹¹⁰, dal 2016 si è indirizzata, in modo «(finalmente)

legislatore (A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 788-790); ovvero far ritenere i limiti previsti dal Parlamento sostituiti con i limiti legali: così violando il principio di legalità, il quale «richiede anche che l'ampiezza del divario tra il minimo e il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l'individualizzazione della pena secondo i criteri di cui all'art. 133 e che manifestamente risulti non correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta» ([sent. n. 299 del 1992](#), cons. dir. 4).

¹⁰¹ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 791.

¹⁰² P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?* cit., 178.

¹⁰³ V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6/2016, 2106-1207.

¹⁰⁴ [Sent. n. 230 del 1987](#), cons. dir. 13.

¹⁰⁵ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 791.

¹⁰⁶ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 241. Si è parlato al riguardo di «*monstrum* etico-giuridico» che sancisce formalmente «l'imperio dell'illegittimità (e dell'ingiustizia)» (G. D'ORAZIO, *Una vacatio per le sentenze costituzionali?* in *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, 1157). Le pronunce di incostituzionalità accertata ma non dichiarata sono state criticate sia perché «la tendenza della Corte a preoccuparsi per le conseguenze delle proprie decisioni appare ingiustificata alla luce della disposizione costituzionale, solitamente trascurata, secondo la quale la decisione di accoglimento dev'essere comunicata agli organi legislativi (Camere e consigli regionali interessati) “affinché, ove le ritengono necessario, provvedano nelle forme costituzionali”», sia in quanto «l'accertamento dell'incostituzionalità senza relativa declaratoria contrasta con l'incidentalità che caratterizza il nostro sistema di controllo di costituzionalità delle leggi, trascurando le esigenze del giudizio *a quo* e sacrificando gli interessi sostanziali delle parti» (G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giappichelli, 1996, 22-23).

¹⁰⁷ R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6/2018, 2570.

¹⁰⁸ 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*, cit., 664.

¹⁰⁹ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 785.

¹¹⁰ V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 402.

coraggioso»¹¹¹, verso un «cambio di stagione»¹¹². Tramite un «*overruling* espresso»¹¹³, la Consulta ha superato il limite del costituzionalmente obbligato, «in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove [il suo] intervento [...] restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di “rime obbligate” nell’individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima»¹¹⁴.

Per porre «rimedio nell’immediato a[i] *vuln[era]* riscontrat[i], senza creare insostenibili vuoti di tutela»¹¹⁵, la Corte talvolta e, per ora, solamente in caso di pronunce in *bonam partem*, interviene con sentenze manipolative anche quando le «rime» si presentano come semplicemente «possibili»¹¹⁶.

La tecnica della c.d. doppia pronuncia a «versi sciolti»¹¹⁷ nasce - ancora una volta - dall’esigenza di sopperire a una protratta inerzia del Parlamento nel dare seguito alle indicazioni, talora puntuali, provenienti dal giudice costituzionale: laddove un intervento non sia «ulteriormente differibile»¹¹⁸, «se il problema non trova risposta da parte del legislatore e continua ad essere portato all’esame della Corte, questa rompe gli indugi e pone essa stessa rimedio, utilizzando gli strumenti normativi a propria disposizione»¹¹⁹. Strumenti «spiccatamente (e doverosamente) manipolativi»¹²⁰ - nell’accezione propria, per taluni negativa, che l’aggettivo porta con sé¹²¹; strumenti che fanno emergere una funzione positiva di ricomposizione interpretativa e di integrazione normativa

¹¹¹ F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), fasc. 2/2017, 62.

¹¹² A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 785. In dottrina si è parlato di «inversione di rotta» (M. DI LELLO FINUOLI, *La pena dell’alterazione di stato mediante falsità e il principio di proporzionalità*, in *Giurisprudenza italiana*, fasc. 6/2017, 1433); di «deciso cambio di passo» (A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e «rime obbligate»: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 10 dicembre 2018, 4); di «esplicita rivisitazione dello stato dell’arte» (P. INSOLERA, *Oltre le “rime costituzionalmente obbligate”: la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 1/2020, 40); di «svolta significativa» (V. MANES, *Proporzionalità senza geometrie*, cit., 2106); di «deciso “passo avanti”» (*ibidem*, 2113); di «nuovo indirizzo della Corte» (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*, cit., 651); di «uso probabilmente temerario del *judicial activism*» (A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., 163).

¹¹³ P. INSOLERA, *Oltre le “rime costituzionalmente obbligate”: la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, cit., 45.

¹¹⁴ [Sent. n. 222 del 2018](#), cons. dir. 8.1. Cfr. [sent. n. 99 del 2019](#), cons. dir. 2.1: «nella giurisprudenza più recente, questa Corte ha ripetutamente affermato che, di fronte alla violazione di diritti costituzionali, 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».

¹¹⁵ [Sent. n. 222 del 2018](#), cons. dir. 8.1.

¹¹⁶ S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione “a rime possibili”*, in *Quaderni costituzionali*, fasc. 1/2019, 183.

¹¹⁷ D. TEGA, *La Corte costituzionale nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 141 ss.

¹¹⁸ [Sent. n. 40 del 2019](#), cons. dir. 4.3. Nello stesso senso, [sent. n. 222 del 2018](#), cons. dir. 8: «una complessiva rimeditazione dei termini della questione [che] non può non tener conto della circostanza che - a tutt’oggi - legislatore non ha provveduto»; [sent. n. 242 del 2019](#), cons. dir. 4: «in assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento, questa Corte non può ulteriormente esimersi dal pronunciare sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato».

¹¹⁹ M. CARTABIA, [L’attività della Corte costituzionale nel 2019](#), cit., 16.

¹²⁰ V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, cit., 403.

¹²¹ Nel senso che, per evitare venature critiche, si dovrebbe più propriamente parlare di «sentenze ricostruttive», G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 229-230.

dell'ordinamento¹²², non prevista in origine, quando si confidava nell'intervento degli organi legislativi nelle «forme costituzionali», ma esercitata dalla Consulta negli ultimi anni, per sopperire a *deficit* di costituzionalità non diversamente - allo stato - colmabili.

L'attenuazione della «morsa»¹²³, che ha riguardato prima la “sola”¹²⁴ cornice sanzionatoria prevista per certi reati¹²⁵ e poi la stessa rilevanza penale di determinati comportamenti¹²⁶, è avvenuta mediante il passaggio dal «geometrismo»¹²⁷ del «procedimento decisionale di tipo analogico a struttura trilaterale»¹²⁸ a un ragionamento a «cadenza diadica»¹²⁹: il giudizio di ragionevolezza non viene condotto confrontando disposizioni omogenee e dichiarando l'irragionevolezza di quella impugnata quando non conforme alle altre, ma viene svolto avendo riguardo alla sola disposizione oggetto di giudizio, nel contesto del quadro costituzionale. La Consulta non pretende la presenza di un unico *tertium*, da utilizzare sia quale punto di partenza per la valutazione di ragionevolezza e proporzionalità della disposizione penale impugnata, che come sostituto obbligato della norma censurata; ritiene sufficiente la presenza di «precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo»¹³⁰.

Il percorso decisionale della Corte si svolge non più dal raffronto con una fattispecie comparativa «avente identica struttura e *ratio*»¹³¹, ma dall'intrinseca irragionevolezza e sproporzione della norma sanzionatoria impugnata¹³².

I *tertia* svolgono ora un inevitabile ruolo ancillare e orientativo, per determinare una soluzione punitiva coerente con il quadro normativo vigente e non totalmente rimessa a un bilanciamento della congruità tra comportamento, rilevanza penale e sanzione creato *ex novo* dalla giurisprudenza costituzionale¹³³.

¹²² G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, il Mulino, 2018, 173-174.

¹²³ 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*, cit., 650.

¹²⁴ Per così dire, da momento che qui vi è «la vera scelta politica del legislatore, in termini di “penalità materiale”» (V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2109), «stante l'intimo e sincronico collegamento tra il precetto e la misura della sanzione, entrambi parimenti determinanti circa *l'an* della punibilità» (A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 790). Per un approfondimento delle sanzioni penali, in un ottica eminentemente costituzionalistica, F. BAIOLO, *La scrittura delle sanzioni (una prospettiva costituzionalistica)*, Milano, Giuffrè, 2021.

¹²⁵ [Sentt. n. 236 del 2016](#) (concernente la cornice editale del reato di alterazione di stato nella formazione di un atto di nascita); [n. 222 del 2018](#) (concernente la pena accessoria per il reato di bancarotta fraudolenta); [n. 40 del 2019](#) (concernente la pena minima editale dei fatti di non lieve entità aventi a oggetto sostanze stupefacenti o psicotrope c.d. pesanti); [n. 88 del 2019](#) (concernente le sanzioni amministrative accessorie per i reati di omicidio stradale e lesioni stradali gravi); [n. 99 del 2019](#) (concernente la detenzione del condannato in ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta in regime di detenzione); [n. 112 del 2019](#) (concernente la confisca obbligatoria per il reato di abuso di informazioni privilegiate in materia finanziaria); [n. 73 del 2020](#) (concernente il concorso di circostanze aggravanti e attenuanti); [n. 102 del 2020](#) (concernente la pena accessoria per il reato di sottrazione e trattenimento di minore all'estero); [n. 113 del 2020](#) (concernente i permessi premio); [n. 150 del 2021](#) (concernente l'obbligatorietà della reclusione congiunta alla pena pecuniaria per determinate ipotesi di diffamazione a mezzo di stampa).

¹²⁶ [Sent. n. 242 del 2019](#) (concernente il reato di aiuto al suicidio).

¹²⁷ V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, cit., 10.

¹²⁸ G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, cit., 50.

¹²⁹ F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., 62.

¹³⁰ [Sent. n. 236 del 2016](#), cons. dir. 4.4.

¹³¹ [Sent. n. 222 del 2018](#), cons. dir. 8.1.

¹³² La Corte costituzionale sembrerebbe invertire l'hobbesiano «*voluntas non ratio facio legem*»: «*voluntas sine rationabilitate non facit legem*» (G. SCACCIA, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto costituzionale*, in A. Fachechi (a cura di), *Dialoghi su ragionevolezza e proporzionalità*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2019, 188).

¹³³ V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2110-2111; D. TEGA, *La Corte costituzionale nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 145; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., 65.

Dunque, la Corte reputa «essenziale l'individuazione di soluzioni già esistenti»¹³⁴. Inizialmente queste sono state rinvenute «“per linee interne”», «entro il perimetro conchiuso dal medesimo articolo» impugnato¹³⁵, considerato idoneo a condurre a «l'unica soluzione praticabile»¹³⁶. Successivamente, però, ribadendo che «non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima», la capacità di intervento è stata estesa a soluzioni “per linee esterne”, modellando la *pars construens* in base ad altre disposizioni legislative già presenti nel sistema normativo, purché «esse stesse immuni da vizi di illegittimità»¹³⁷, «anche alternative tra loro»¹³⁸.

5. Un'inammissibile e indebita invasione di campo?

Non v'è dubbio che l'obiettivo della Consulta «non [sia] alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze»¹³⁹. È altrettanto certo, però, che, nel momento in cui c'è la possibilità di scegliere una «soluzione costituzionalmente adeguata, benché non obbligata»¹⁴⁰, tra più soluzioni tutte costituzionalmente legittime, vi è esercizio di una discrezionalità; discrezionalità che, soprattutto in una materia intimamente politica come quella penale, la Costituzione vorrebbe riservare al Parlamento. Di conseguenza, pare difficile negare che, pronunciandosi a «rime possibili», con opzioni normative anche collidenti con le attuali scelte di politica sanzionatoria ponderate - bene o male - dal Parlamento¹⁴¹, la Corte costituzionale *invada* la sfera di discrezionalità legislativa, svolgendo quella valutazione di natura politica di “secondo grado”, la cui competenza dovrebbe appartenere al solo Parlamento.

Ma tale *invasione* è da additare necessariamente come indebita?

¹³⁴ [Sent. n. 236 del 2016](#), cons. dir. 4.4.

¹³⁵ *Ibidem*, cons. dir. 4.5. Nel caso di specie, la Corte ha dichiarato incostituzionale la cornice edittale (da cinque a quindici anni di reclusione) prevista per il reato di alterazione di stato nella formazione di un atto di nascita e l'ha sostituita con quella (da tre a dieci anni di reclusione) prevista medesimo articolo per il reato di alterazione di stato mediante la sostituzione di un neonato.

¹³⁶ *Ibidem*, cons. dir. 5.

¹³⁷ [Sent. n. 222 del 2018](#), cons. dir. 8.1. Nel caso di specie, la Corte ha dichiarato incostituzionale la pena accessoria a misura fissa di dieci anni prevista per il reato di bancarotta fraudolenta e l'ha sostituita con la medesima pena accessoria a misura mobile, ossia fino a dieci anni, secondo una «logica, già presente e operante nel sistema» (*ibidem*, cons. dir. 8.4).

¹³⁸ [Sent. n. 233 del 2018](#), cons. dir. 3.1. Nel caso di specie, pur ritenendo non fondata la questione, la Corte ha preso in considerazione la possibile sostituzione della misura della multa prevista per il reato di contrabbando di tabacchi lavorati esteri, mediante la «puntuale indicazione, da parte del giudice *a quo*, di previsioni sanzionatorie rinvenibili nell'ordinamento che, trasposte all'interno della norma censurata, garantiscano coerenza alla logica perseguita dal legislatore» (*ibidem*, cons. dir. 3.2).

¹³⁹ [Sent. n. 236 del 2016](#), cons. dir. 4.4.

¹⁴⁰ [Sent. n. 40 del 2019](#), cons. dir. 4.2.

¹⁴¹ D. PULITANÒ, *Il giudice, il processo e la pena*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), fasc. 2/2017, 58. Ci si riferisce alla [sent. n. 40 del 2019](#): nel caso di specie, la Corte ha dichiarato incostituzionale la pena minima di otto anni di reclusione prevista per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto sostanze stupefacenti o psicotrope c.d. pesanti e l'ha sostituita con la pena minima di sei anni di reclusione, ricavandola «da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti» (*ivi*, cons. dir. 5.3); tale soluzione è apparsa di buon senso, ma nella sostanza ampiamente discrezionale: sarebbe stata più in linea con le opzioni legislative un minimo edittale di quattro anni di reclusioni, corrispondente al massimo della pena prevista per i fatti di lieve entità (R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, cit., 2575; A. MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cassazione penale*, fasc. 1/2020, 37).

Per ragionare su questo quesito, più che soffermarsi sulla ricostruzione logico-teorica posta alla base delle recenti decisioni della Consulta, sembra opportuno concentrarsi sul ruolo a essa affidato dalla Costituzione.

5.1. *La giustificazione formale.*

Dal punto di vista del rispetto della forma di governo all'interno della quale fu inserita la Corte costituzionale, descritta dagli artt. 70, 101, 134 e 136 (e 25 comma 2) della Costituzione, le «forme inusuali e persino abnormi» assunte dalla garanzia costituzionale appaiono problematicamente accettabili¹⁴². L'«alleanza fra pragmatismo giurisprudenziale ed elaborazione scientifica»¹⁴³ non ha consentito il superamento dei dubbi circa l'ammissibilità di pronunce manipolative a «rime obbligate», perché «se la norma è presente nel sistema, spetta ai giudici (tutti i giudici) esplicitarla; se non c'è, spetta al legislatore (solo al legislatore) crearla»¹⁴⁴; perché «se si minimizza, come si [è fatto] sovente, il margine di invenzione (rime obbligate o obbligatissime), si resta nel gregario; se, invece, si crea davvero, si usurpano i poteri del legislatore e si cade nell'arbitrario»¹⁴⁵; perché la norma introdotta «deve essere in linea con l'ordinamento, ma il modo d'essere in linea è vario e, tra questa varietà, c'è possibilità di scelta»¹⁴⁶. A maggior ragione, l'ancoraggio della decisione alla presenza di «soluzioni già esistenti», che proprio per la loro pluralità e comune legittimità implicano una valutazione di merito da parte del soggetto che intende assumere una determinazione in materia, non appare sufficiente a giustificare una tale *invasione* di campo.

Non può di per se stesso sopperire alle problematiche derivanti dalle intromissioni che la Consulta compie nella sfera politica neanche il consueto richiamo - e auspicio¹⁴⁷ - alla possibilità che il legislatore intervenga nuovamente sulla materia, anche individuando, «nell'ambito della propria discrezionalità, altra - e in ipotesi più congrua - soluzione [...], purché rispettosa dei principi costituzionali»¹⁴⁸, o perfino difforme da quella introdotta dalla Corte, non avendo essa eseguito una scelta costituzionalmente vincolata¹⁴⁹.

Il fatto che la Corte sottolinei che è «salvo il libero esercizio [della discrezionalità legislativa] per il futuro»¹⁵⁰, non è da intendere come una «concessione» che essa fa al Parlamento, ma come il riconoscimento di un «limite estremo»¹⁵¹ costituito dall'essere il contenuto normativo della decisione costituzionale «cedevole»¹⁵², in quanto «applicabile in via transitoria fintanto che il legislatore non reputi opportuno mettere mano alla riforma legislativa che resta pur sempre nella sua discrezionalità attivare, nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo* [...] La soluzione suggerita dalla

¹⁴² A. RUGGERI, *Appunti per uno studio delle più salienti vicende della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 15.

¹⁴³ D. TEGA, *La Corte costituzionale nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 123.

¹⁴⁴ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 109.

¹⁴⁵ E. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)*, cit., 323.

¹⁴⁶ G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 236.

¹⁴⁷ [Sent. n. 236 del 2016](#), cons. dir. 5.

¹⁴⁸ [Sent. n. 222 del 2018](#), cons. dir. 8.1.

¹⁴⁹ A. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 795-796.

¹⁵⁰ G. LATTANZI, *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2018*, 17.

¹⁵¹ A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., 166.

¹⁵² V. GIANNELLI, *Dalle rime obbligate al dispositivo "cedevole". Brevi note sugli ultimi approdi del sindacato costituzionale sulla proporzionalità delle sanzioni penali*, in [Federalismi.it](#), fasc. 15/2020, 91.

Corte [dovrebbe valere] solo a colmare transitoriamente il vuoto legislativo che altrimenti si produrrebbe»¹⁵³.

Lo *iussus* del giudice costituzionale dovrebbe essere, «più che il punto conclusivo di una certa vicenda, il punto intermedio di uno sviluppo normativo che trova compimento solo quando il legislatore lo conclude»¹⁵⁴. Ma il rischio - che oggi appare più reale che ipotetico - è quello di un irrigidimento del sistema, causato dall'impressione che la scelta operata dalla Consulta, pur non essendo a «rime obbligate», sia «costituzionalmente obbligata», perché (quasi) liberamente individuata dalla Corte come «soluzione corretta»¹⁵⁵.

Tale situazione, allora, - com'era già stato affermato a riguardo delle decisioni a «rime obbligate» - «perpetua l'inadempienza del legislatore e cristallizza una situazione di fatto dalla quale nessun stimolo è lanciato ad esso perché faccia fronte alle sue responsabilità politiche e costituzionali»¹⁵⁶. E ciò pone nel nulla quel tentativo della Consulta volto a incitare il Parlamento a esercitare nuovamente la discrezionalità politica, ricomponendo così il quadro dei ruoli e delle competenze come costituzionalmente previste.

La circostanza, però, che una ricostruzione concettuale e una giustificazione formale siano sì funzionali a «indorare la pillola»¹⁵⁷ ma non sufficienti a rendere ammissibile una funzione paralegislativa istituzionalmente non prevista non deve indurre a incolpare *tout court* la Corte costituzionale di assumere indebitamente decisioni fuori dai confini della mera legittimità.

5.2. La giustificazione sostanziale: il bilanciamento.

A ben guardare, considerando il profilo sostanziale della funzione della Corte costituzionale, ossia il ripristino dei valori costituzionali nei confronti di scelte illegittime compiute dall'organo legislativo, si osserva come essa sia costantemente chiamata a svolgere contemporaneamente due bilanciamenti¹⁵⁸: da un lato, vi è un bilanciamento tra i diversi principi costituzionali che nelle singole questioni di legittimità possono porsi in contrasto; dall'altro, vi è un bilanciamento tra il principio democratico - dunque, la salvaguardia della discrezionalità del Parlamento nell'esercizio del proprio ruolo legislativo - e il principio di supremazia della Costituzione - dunque, il pieno ed effettivo svolgersi del ruolo di garante del quadro costituzionale.

Se non si ammettesse la possibilità e, anzi, necessità di un simile bilanciamento, la Corte costituzionale sarebbe - come originariamente doveva essere - posta dinnanzi a due sole vie: quella che porta alla caducazione secca della disposizione (sentenza di accoglimento puro), ponendo in modo eccessivo la politica e lasciando privi di tutela, laddove il legislatore non intervenga prontamente, i valori costituzionali in gioco; ovvero quella che porta all'assoluzione della legge (sentenza di rigetto), ponendo eccessivamente al riparo da critiche le scelte politiche e, comunque, non tutelando i principi costituzionali¹⁵⁹.

¹⁵³ M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., 14. In questo senso, P. PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, cit., 805.

¹⁵⁴ G. LATTANZI, *Relazione sull'attività svolta nell'anno 2018*, cit., 8.

¹⁵⁵ R. BARTOLI, *Dalle rime obbligate alla discrezionalità: consacrata la svolta*, cit., 2571.

¹⁵⁶ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 121; V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, cit., 9, parla di «deresponsabilizzazione delle politiche e, parallelamente, iper-responsabilizzazione della magistratura»

¹⁵⁷ A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., 164.

¹⁵⁸ Si riprende qui e nelle prossime pagine, F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, in *Diritto e società*, fasc. 4/2019, 801 ss.

¹⁵⁹ A. RUGGERI, *Corte costituzionale e organi di indirizzo politico*, in AA. VV., *La Corte costituzionale compie cinquant'anni*, in *Il Foro italiano*, vol. 129, n. 10, 2006, 317-318.

Come in ogni bilanciamento, la prevalenza di un elemento non deve significare il totale sacrificio dell'altro: il giudice costituzionale è attento a «“rientrare nei ranghi”, salvaguardando la specificità del proprio ruolo e di quello, altrettanto peculiare, degli altri poteri statali, anche per non fomentare, pur indirettamente, nuove e continue fughe di responsabilità del legislatore democratico e per impedire i possibili azzardi di una sorta di “saturazione giudiziaria” di ogni aspetto della vita sociale»¹⁶⁰.

A tale scopo, in prima battuta, la Corte, per non sacrificare la discrezionalità legislativa, si autolimita e non interviene, per l'inesistenza di «rime obbligate», riservando (e ricordando) al Parlamento il potere (e dovere) di scegliere una soluzione normativa tra diverse opzioni compatibili con il dettato costituzionale. In un secondo momento, però, laddove la questione torni alla sua attenzione, in seguito a un inascoltato monito rivolto al legislatore o all'infruttuosa scadenza di un termine a esso concesso, la Corte, al fine di non sacrificare la giustizia costituzionale, pronuncia sentenze additive o sostitutive a «rime possibili»¹⁶¹, così da sopperire al *vulnus* di legittimità non corretto dall'organo rappresentativo.

È il bilanciamento stesso ad apparire a «rime obbligate»¹⁶².

5.3. *L'incostituzionalità c.d. prospettata.*

Prima di cedere a tale “direzione obbligata”, come ulteriore tentativo di restituire al Parlamento il potere di «rispondere *per le rime*»¹⁶³, la Corte costituzionale ha recentemente sperimentato un nuovo modello decisorio, facendo uso dei «propri poteri di gestione del processo costituzionale»¹⁶⁴.

Come si è visto, davanti a una materia «suscettibile [...] di investire plurimi profili, ciascuno dei quali, a sua volta, variamente declinabile sulla base di scelte discrezionali»¹⁶⁵, la Consulta è solita dichiarare «l'inammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché [provveda] all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato: pronuncia alla quale, nel caso in cui il monito [rimanga] senza riscontro, ha fatto seguito, di norma, una declaratoria di illegittimità costituzionale [...]. 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. [Talvolta] un simile effetto non può considerarsi consentito [...], per le [...] peculiari caratteristiche [del caso] e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti. Onde evitare che la norma possa trovare, in parte *qua*, applicazione *medio tempore*, lasciando però, pur sempre, al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse in linea di principio alla sua discrezionalità [...] la Corte [ha ritenuto],

¹⁶⁰ R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, cit., 236.

¹⁶¹ S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione “a rime possibili”*, cit., 183.

¹⁶² *Contra*, E. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81 - luglio 85)*, cit., 323, per il quale negli interventi additivi il «maggior potenziale di scelta» della Corte si concentra nell'an.

¹⁶³ [Corsivo del testo originale] D. TEGA, *La Corte costituzionale nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 164.

¹⁶⁴ [Ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 11; [ord. n. 97 del 2021](#), cons. dir. 11.

¹⁶⁵ [Ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 10. Con questa ord. la Corte costituzionale sembra aver «elevato a modello decisorio il canone della separazione dei poteri» (C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 3 dicembre 2018).

dunque, di dover provvedere in diverso modo, facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale: ossia di disporre il rinvio del giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale [...], in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle [...] esigenze di tutela [segnalate dalla Consulta stessa]. Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio *a quo*. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella [...] pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte *qua* [...] Va dunque conclusivamente rilevato che, laddove [...] la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta e immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, [la] Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna riflessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale»¹⁶⁶.

Indipendentemente dalle critiche rivolte al nuovo *iter* interlocutorio - perché una tecnica decisoria non dovrebbe mai «esaurire la “ragione processuale” che a quella decisione si ricollega»¹⁶⁷; perché è stato fatto un uso atipico dell'istituto del rinvio, che non è generalmente utilizzato «al mero (e esplicito) scopo di “dare” e “prendere” tempo in relazione al *merito* della decisione d'assumere»¹⁶⁸; perché si imporrebbe un «dovere per [il legislatore] di intervenire a normare la materia, secondo le indicazioni della Corte»¹⁶⁹, la quale emanerebbe un'«ordinanza-delega», con tanto di indicazione di oggetto, principi, criteri direttivi, termine»¹⁷⁰ -, non vi è dubbio che «il successo della tecnica dell'ordinanza di “incostituzionalità prospettata” sarebbe anzitutto un successo per la funzione rappresentativa del legislatore, che andrebbe perduto se tale funzione non fosse in concreto esercitata»¹⁷¹. Purtroppo, almeno per ciò che riguarda le prime due sperimentazioni di tale nuova tipologia di rinvio¹⁷² - e a maggio del prossimo anno si avrà il verdetto sui risvolti del terzo impiego¹⁷³ -, la Consulta ha dovuto prendere «atto di come nessuna

¹⁶⁶ [Ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 11.

¹⁶⁷ E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* cit., 531.

¹⁶⁸ [Corsivo del testo originale] *Ibidem*, 545.

¹⁶⁹ M. BIGNAMI, *il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ord. ad incostituzionali differita*, in [Questione Giustizia](#), 19 novembre 2018.

¹⁷⁰ C. TRIPODINA, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6/2018, 2476. A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in [Giustizia Insieme](#), 27 novembre 2019, parla di «ord.-legge».

¹⁷¹ G. LATTANZI, *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nell'anno 2018*, cit, 13.

¹⁷² [Sent. n. 242 del 2019](#), successiva all'[ord. n. 207 del 2018](#) (concernente il reato di aiuto al suicidio: la Corte ha dichiarato parzialmente incostituzionale l'articolo 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude dall'area del penalmente rilevante i casi nei quali l'aiuto riguarda una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di intollerabili sofferenze fisiche o psicologiche, ma che resta pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli), e [sent. n. 150 del 2021](#), successiva all'[ord. n. 132 del 2020](#) (concernente il reato di diffamazione a mezzo di stampa: la Corte ha dichiarato incostituzionale l'articolo 13 della legge sulla stampa n. 47 del 1948, che fa scattare obbligatoriamente, in caso di condanna per diffamazione a mezzo stampa compiuta mediante l'attribuzione di un fatto determinato, la reclusione da uno a sei anni insieme al pagamento di una multa; ha ritenuto, invece, compatibile con la Costituzione il terzo comma dell'articolo 595 del codice penale).

¹⁷³ Si attende la decisione successiva all'[ord. n. 97 del 2021](#) (concernente l'ergastolo ostativo: la Corte si pronuncerà sulla legittimità delle attuali norme - le quali potrebbero nel frattempo essere modificate dal Parlamento - che escludono dall'ammissione alla liberazione condizionale il condannato per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui

normativa in materia [fosse] sopravvenuta nelle more della nuova udienza» e di come «l'intervento del legislatore [non risultasse comunque] imminente»¹⁷⁴. Il giudice costituzionale ha, così, ritenuto, «in assenza di ogni determinazione da parte del Parlamento, [...] [di non poter] ulteriormente esimersi dal pronunciare sul merito delle questioni, in guisa da rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato»¹⁷⁵.

5.4. La «leale collaborazione».

La giurisprudenza costituzionale vorrebbe svolgersi «in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale»¹⁷⁶, ma sembra ormai doversi prendere coscienza del fatto che la «collaborazione istituzionale» tra la Corte e il Parlamento potrà essere «leale», nel rispetto delle prerogative di ciascun potere e nella ricerca da parte della prima di un dialogo con il secondo, ma difficilmente potrà essere «dialettica», presupponendo tale caratteristica la volontà di entrambe le parti di interagire, emettendo, la Consulta, pronunce indirizzanti il legislatore ad adottare decisioni costituzionalmente «corrette» ed emanando, il Parlamento, discipline sulla base di suddetti moniti, le quali saranno poi, eventualmente, oggetto di giudizio da parte della prima, e così via.

La Corte, al fine di garantire in ogni caso la giustizia costituzionale, finisce per riconoscere che il delicato bilanciamento degli interessi in gioco e, dunque, la concretizzazione dei principi costituzionali spetti sì in primo luogo al legislatore¹⁷⁷, ma sussidiariamente, in caso di necessità, a essa stessa.

Dunque, il tentativo di «cooperazione» in ambito penale è così riassumibile: laddove gli effetti conseguenti alla decisione manipolativa siano *in bonam partem*, la Corte si pronuncia non più solo a «rime obbligate», ma anche a «rime possibili», tuttavia solo dopo aver preso atto di una mancata risposta legislativa a un proprio monito contenuto in una sentenza di incostituzionalità accertata ma non dichiarata ovvero in seguito a un'ordinanza di incostituzionalità prospettata; laddove, invece, gli effetti conseguenti alla decisione manipolativa siano *in malam partem*, la Corte incide solamente sulle norme che «sottraggono», non su quelle che «delimitano», in tutto o in parte, l'applicazione di una fattispecie penale e nei termini in cui l'addizione o la sostituzione sia a «rime obbligate».

Si rimane in attesa di ulteriori sviluppi giurisprudenziali, che, nell'attuale contesto, difficilmente potranno essere qualificati come «inattesi»¹⁷⁸.

6. Una tutela di emergenza.

La Corte costituzionale non si è trasformata in un «legislatore positivo», sebbene, a causa dell'inerzia del Parlamento, talvolta debba comportarsi «come se (*als ob*) lo fosse»¹⁷⁹, al fine di fungere da «valvola di sicurezza»¹⁸⁰ dinnanzi alle indebite e inammissibili mancanze patologiche dell'organo deputato all'*attuazione della Costituzione*. E ciò soprattutto in una materia sensibile

all'articolo 416 *bis* del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste che non abbia collaborato con la giustizia).

¹⁷⁴ [Sent. n. 242 del 2019](#), cons. dir. 3.

¹⁷⁵ *Ibidem*, cons. dir. 4.

¹⁷⁶ [Ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 11.

¹⁷⁷ [Ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 10; [ord. n. 132 del 2020](#), cons. dir. 8; [ord. n. 97 del 2021](#), cons. dir. 11.

¹⁷⁸ E. DE NICOLA, [Discorso pronunciato dal Presidente Enrico de Nicola alla presenza del Presidente della Repubblica Giovanni Gronchi nella udienza inaugurale del 23 aprile 1956](#), 2.

¹⁷⁹ A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., 167.

¹⁸⁰ E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, cit., 126.

come quella penale, nell'ambito della quale non risulta accettabile né la presenza di profili di incostituzionalità accertati ma non dichiarati né tantomeno il crearsi di vuoti normativi di tutela susseguenti a una pronuncia di mera illegittimità. L'articolo 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87 dovrebbe essere così riletto: *il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, fintanto che il rispetto di tale "valore"¹⁸¹ non implichi un'inattuazione della Costituzione, con totale sacrificio della giustizia costituzionale.*

Solo così l'*invadenza* del giudice delle leggi può apparire come «un modo intrinseco e corretto, del potere di svolgere il sindacato di costituzionalità»¹⁸² in situazioni di *emergenza*¹⁸³. Se un'interferenza nella sfera di competenza del Parlamento c'è, questa è «fisiologica»¹⁸⁴; o meglio, è «fisiologica» avendo riguardo al ruolo della Corte, ma «patologica» dal punto di vista del corretto funzionamento della forma di governo, che proprio mediante il conflitto tra maggioranza e opposizione dovrebbe attuare la Costituzione. «La funzione quasi-legislativa della Corte corrisponde ad una congiuntura istituzionale dai caratteri molto instabili»¹⁸⁵ e il rischio è che all'aumentare dell'opacità del quadro istituzionale cresca la necessità di interventi *emergenziali* della Corte, che a lungo andare porterebbero la funzione normativa in una «situazione d'eccezione... permanente»¹⁸⁶.

Il *judicial activism* è, in fin dei conti, da considerare una *culpa felix* della Corte costituzionale, la quale, più che essersi trasformata in una «sorta di "terza camera"»¹⁸⁷ o addirittura «unica camera dei diritti fondamentali»¹⁸⁸, funge da «sede nuova, ulteriore di mediazione» degli interessi costituzionalmente protetti, laddove la sede istituzionalmente competente risulti inceppata¹⁸⁹.

«Rendere giustizia costituzionale significa contribuire, anche in misura minima e marginale, a inverare la Costituzione nell'ordinamento»¹⁹⁰. Allo stato, non risulta che la funzione di *legislatore d'emergenza* assunta dal giudice delle leggi stia causando una «complessiva torsione della forma di governo parlamentare»¹⁹¹. Il «compito naturale»¹⁹² della Corte, quale garante dei diritti, dei principi

¹⁸¹ A proposito della «discrezionalità del legislatore» appare opportuno discorrere, più che di "limite", di "valore", che deve essere bilanciato con un altro "valore", ossia la garanzia dei principi e dei diritti previsti dalla Costituzione (F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, cit., 802, parla di «valore-principio di produzione normativa affidata principalmente ai soggetti dotati di potestà legislativa»). Difatti, se con il termine "limite" - seppure «relativo» (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*, cit., 650) - si intende qualcosa di esterno e terzo che circoscrive l'espletamento di una funzione, la discrezionalità del Parlamento non è mai stata un limite in senso proprio all'esercizio del sindacato di legittimità costituzionale: è la Consulta, dall'interno, a definire e scalfire i margini della discrezionalità legislativa.

¹⁸² F. MODUGNO, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*, cit., 796.

¹⁸³ A. RUGGERI, *Appunti per uno studio delle più salienti vicende della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 15.

¹⁸⁴ A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, cit., 124.

¹⁸⁵ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1977, 340.

¹⁸⁶ [Corsivo del testo originale] A. RUGGERI, [Stato costituzionale e Stato d'eccezione, nella più recente esperienza italiana: dall'alternativa alla mutua integrazione?](#) in questa [Rivista, Studi 2014](#) (14 ottobre 2014).

¹⁸⁷ Come prospettato da R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giurisprudenza costituzionale*, cit., 2575, e asserito da A. SPADARO, *Sull'intrinseca "politicalità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, cit., 15.

¹⁸⁸ Come ipotizzato con tono preoccupato sempre da R. ROMBOLI, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi e il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali? In il foro italiano*, vol. 145, n. 9, 2565.

¹⁸⁹ In questo senso, E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, cit., 123 ss.

¹⁹⁰ G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), fasc. 4/2020, 36.

¹⁹¹ Ravvede, invece, una tale «torsione» A. RUGGERI, [Stato costituzionale e Stato d'eccezione, nella più recente esperienza italiana: dall'alternativa alla mutua integrazione?](#), cit., il quale la ricollega a «talune esasperate espressioni

e dei valori costituzionali, non è mutato: tale compito era e continua a essere quello di «verificare *ex post*, su sollecitazione dei giudici comuni, la compatibilità delle scelte compiute dal legislatore con la Costituzione»¹⁹³. È mutato il contesto entro il quale tale compito è svolto; contesto oggi caratterizzato da una sovente mancata attuazione della Carta costituzionale da parte del potere legislativo, anche nel senso evolutivo talvolta imposto dal diritto dell'Unione europea o dal diritto convenzionale ovvero dallo sviluppo della scienza e della società. Affinché la funzione di garanzia costituzionale, posta alla base della rigidità della nostra Costituzione, non perda la propria identità, degradando a mera ricognizione di situazioni illegittime, è necessario che il modello “naturale” si adatti alle situazioni di *emergenza politica*, consentendo alla Consulta di attuare - in attesa di un auspicato intervento del legislatore - la Costituzione, eliminando illegittimi stalli normativi.

di attivismo, peraltro crescente, di entrambi gli organi supremi di garanzia; un attivismo di cui, ad onor del vero, anche in passato si è avuto riscontro ma non, appunto, nelle forme e con l'intensità di oggi».

¹⁹² [Ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 10; [ord. n. 132 del 2020](#), cons. dir. 8; [ord. n. 97 del 2021](#), cons. dir. 11.

¹⁹³ [Ord. n. 132 del 2020](#), cons. dir. 8; nello stesso senso, [ord. n. 207 del 2018](#), cons. dir. 10: «verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti»); [ord. n. 97 del 2021](#), cons. dir. 11: «verificare *ex post* la conformità a Costituzione delle decisioni effettivamente assunte»).