



5 MAGGIO 2021

La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale

di **Luciana Pesole**

Professore associato di Giustizia costituzionale
Università degli Studi di Perugia

La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*

di Luciana Pesole

Professore associato di Giustizia costituzionale
Università degli Studi di Perugia

Abstract [It]: Il lavoro prende in esame alcuni recenti orientamenti della Corte costituzionale. Da un lato si evidenzia l'atteggiamento di apertura nei confronti della società civile, rinvenibile in diverse iniziative prese dalla Corte (quali la modifica delle norme integrative per aprire il processo costituzionale a soggetti esterni, o l'uso crescente dei comunicati stampa per rendere note le decisioni più significative che vengono adottate). Da un altro lato ci si sofferma, con riferimento all'ambito giurisprudenziale più strettamente inteso, sullo stato attuale del rapporto della Corte con i suoi due principali interlocutori: i giudici e il legislatore. Tale rapporto evidenzia, nel primo caso, un assetto di maggiore equilibrio rispetto a qualche anno fa, grazie all'evoluzione del canone dell'interpretazione conforme a Costituzione. Nel secondo caso, invece, permane una situazione tendenzialmente conflittuale, non scalfita dalle recenti pronunce mediante le quali, di fronte all'inerzia del legislatore, sono state assunte scelte che sarebbero riservate alla discrezionalità legislativa.

Abstract [En]: This paper examines some recent positions of the Constitutional Court. On the one hand, it highlights the attitude of openness towards civil society, which can be seen in several initiatives taken by the Court (such as the amendment of the Supplementary Rules, in order to open up the constitutional process to external parties, or the increasing use of press releases to publicise the most significant decisions adopted). On the other hand, with reference to jurisprudential area, it deals with the current state of the Court's relationship with its two main interlocutors: the judges and the legislator. In the first case, the relationship is more balanced than a few years ago, thanks to the development of the canon of interpretation *secundum Constitutionem*. In the second case, on the other hand, there is still a tendency towards conflict, which has not been undermined by recent judgments in which, in the face of the inertia of the legislator, choices have been made that are reserved for legislative discretion.

Parole chiave: Orientamenti recenti della Corte costituzionale; Norme integrative della Corte costituzionale; Comunicati stampa della Corte costituzionale; Interpretazione conforme a Costituzione; Discrezionalità legislativa

Keywords: Recent positions of the Constitutional Court; Supplementary Rules of the Constitutional Court; Press releases of the Constitutional Court; Interpretation *secundum Constitutionem*; Legislative discretion

Sommario: **1.** La Corte apre alla società civile: la modifica delle norme integrative e l'uso crescente dei comunicati stampa. **2.** L'ambito giurisprudenziale e il rapporto con i giudici con riferimento all'obbligo di tentare l'interpretazione conforme. **3.** L'utilizzo meno esasperato del canone dell'interpretazione conforme nella giurisprudenza costituzionale più recente. **4.** L'assetto più equilibrato conseguente al "ri-espandersi" del ruolo della Corte. **5.** Il rapporto con il legislatore: l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale relativa alle richieste di interventi manipolativi in assenza di rime obbligate. **6.** La natura patologica delle recenti decisioni costituzionali che allentano il vincolo delle rime obbligate.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1. La Corte apre alla società civile: la modifica delle norme integrative e l'uso crescente dei comunicati stampa

Se immaginassimo di fotografare oggi la Corte costituzionale, l'immagine che ci verrebbe restituita è quella di un organo aperto, propenso a rendersi comprensibile anche a chi non possiede particolari conoscenze giuridiche e tendenzialmente incline ad esporsi per assumere orientamenti giurisprudenziali molto entranti.

Anche mantenendo lo sguardo al di fuori dell'ambito giurisprudenziale strettamente inteso, si può facilmente cogliere una predisposizione al dialogo, quasi il desiderio di spingersi oltre le mura del Palazzo della Consulta.

Basti pensare alle due iniziative (alle quali è stato dato ampio risalto nel sito ufficiale della Corte costituzionale), che hanno portato i giudici costituzionali ad incontrare gli studenti delle scuole superiori e i detenuti nelle carceri, entrambe espressione dell'intento di conoscere e farsi conoscere, al fine di “diffondere la cultura della Costituzione, farne capire i valori ma anche la protezione che essa rappresenta per tutti”¹.

Ma lo stesso intento si può cogliere anche nella recente modifica (gennaio 2020) delle norme integrative, qualificata come “apertura alla società civile”². Il comunicato stampa che dava notizia dell'avvenuta modifica recava, infatti, il titolo “La Corte apre alla società civile”, facendo con ciò riferimento sia alla possibilità di presentare brevi opinioni scritte, riconosciuta agli *amici curiae*, vale a dire formazioni sociali senza scopo di lucro o soggetti istituzionali che siano portatori di interessi attinenti alla questione di legittimità costituzionale (art.4-*ter*), sia alla possibilità di convocare in camera di consiglio, alla presenza

¹ Così il Presidente G. LATTANZI, *Relazione sull'attività svolta nel 2018*, in *Cortecostituzionale.it*, pp. 1 ss. Tali iniziative hanno suscitato quasi sempre un ampio apprezzamento, anche se non sono mancate voci critiche al riguardo. In tal senso A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, pp. 271 ss. (spec. pp. 273-274), che, con specifico riferimento al “viaggio” nelle carceri, evidenzia la forte esposizione politica che ha comportato per la Corte, anche per essersi dimostrata distante rispetto alle istituzioni di governo, spesso non altrettanto sensibili nei confronti dello *status* dei detenuti. Ugualmente critico nei confronti dei “viaggi” intrapresi dalla Corte, l'Intervento di M. BELLETI al Web Seminar *Un riaccostamento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi tra Corti europee e giudici comuni*, Roma, La Sapienza, 13 novembre 2020, reperibile in *federalismi.it*, n. 3, 2021: l'A., benché non guardi con disfavore allo sconfinamento della giurisprudenza costituzionale nell'ambito riservato ad un legislatore restio ad intervenire (sul punto v. più avanti §§ 5 e 6), ritiene che la Corte debba comunque legittimarsi rimanendo all'interno del Palazzo della Consulta. Si può considerare espressione dello stesso desiderio di farsi conoscere dalla società civile anche la libreria dei Podcast della Corte costituzionale (consultabile sia nel sito della Corte, sia nei canali *social*), che raccoglie gli interventi dei giudici costituzionali, o i dialoghi tra un esponente della cultura e un giudice costituzionale, al fine di promuovere la cultura costituzionale.

² Nella *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019* della Presidente M. CARTABIA, in *Cortecostituzionale.it*, p. 1, il termine “apertura” viene indicato come la parola d'ordine della Consulta nell'anno 2019, a conferma del fatto che la modifica delle norme integrative si inserisce a pieno titolo lungo questo percorso. M. BIGNAMI ha qualificato la modifica delle norme integrative come un “tassello” di un cambiamento più ampio, che sta coinvolgendo la Corte negli ultimi anni (*Intervento al Web Seminar Invito a Corte ma... con “juicio”. Contraddittorio e istruttoria davanti alla Corte costituzionale*, Università degli Studi di Milano, 28 maggio 2020, reperibile in *Radioradicale.it*).

delle parti del giudizio, “esperti di chiara fama” per ricevere informazioni relative ad una determinata disciplina (art.14-*bis*).

Inoltre, sempre nell’ambito delle modifiche recentemente apportate alle norme integrative, c’è stata la puntualizzazione più esplicita della facoltà di intervento, nei giudizi in via incidentale, a favore di soggetti terzi che siano titolari di un interesse qualificato, “inerente in modo diretto e immediato al rapporto dedotto in giudizio” (art.4, 7°co.). Anche in tal caso siamo di fronte ad una scelta propensa ad “allargare” l’accesso al processo costituzionale.

Sono tutte modifiche che in realtà si risolvono nella “normativizzazione” di pratiche (almeno in parte) già informalmente seguite dalla Corte³, che in questo modo hanno però acquisito una visibilità che prima non avevano. Il processo costituzionale è stato contrassegnato, fino alla modifica delle norme integrative del 2020, da un’attività istruttoria quasi del tutto priva di regolamentazione normativa e per questo destinata a svolgersi in maniera prevalentemente informale⁴. Con l’inserimento dei nuovi istituti nelle norme integrative la Corte ha messo in luce appunto la volontà di mettersi all’ascolto della società civile per utilizzare l’apporto che ne deriva ai fini della risoluzione delle questioni sottoposte al suo giudizio.

La formalizzazione, il recepimento a livello normativo di prassi già seguite, non rappresenta di per sé un elemento negativo, ma è piuttosto espressione di un orientamento di maggiore trasparenza, che induce la Corte a rispettare regole scritte e, quindi, predeterminate, anziché affidarsi alla “regolarità

³ V. quanto evidenziato, nell’ambito del Web Seminar *Invito a Corte*, cit., soprattutto da R. ROMBOLI e N. ZANON. Quest’ultimo, in qualità di giudice costituzionale, testimonia in modo diretto che la Corte non ha creato *ex novo*, ma ha fornito di regolamentazione normativa prassi già utilizzate. Ciò è ulteriormente avvalorato, con specifico riferimento all’intervento di terzi, dall’ordinanza n. 37 del 2020, dove si afferma esplicitamente che l’art.4, 7°co., n.i., ha recepito la giurisprudenza costituzionale relativa all’ammissibilità dell’intervento di soggetti terzi nei giudizi in via incidentale (G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile. Appunti sulle modifiche apportate dalla Corte costituzionale alle norme integrative in data 8 gennaio 2020*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2020, p. 85, indica l’introduzione del 7°co. nell’ambito dell’art.4 n.i. come “razionalizzazione di una giurisprudenza costituzionale consolidata”).

⁴ Sulle istruttorie informali della Corte costituzionale v. A. RUGGERI, A SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 74 ss., nell’ambito delle quali ha assunto un peso rilevante il lavoro condotto dagli assistenti di studio, come conferma anche, dalla prospettiva interna alla Corte, M. CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell’intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2017, p. 12. Né l’audizione di esperti né l’intervento di *amici curiae* erano formalmente previsti, ma ciò non ha comunque impedito alla Corte, da un lato, di consultare soggetti in grado di fornirle indicazioni e chiarimenti in merito a questioni tecnico-scientifiche e, dall’altro, di tenere comunque conto delle richieste di intervento dichiarate inammissibili, soprattutto quelle provenienti da soggetti non privati, vale a dire portatori di interessi generali. Sul punto si veda M. D’AMICO, *I soggetti del processo costituzionale nella giurisprudenza della Corte costituzionale: una rilettura*, in *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, a cura di R. BALDUZZI, M. CAVINO, J. LUTHER, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 228 ss., che auspica una modifica delle norme integrative analoga a quella ora posta in essere con l’apertura alle opinioni scritte degli *amici curiae* (spec. 234-235). Il profilo in questione (concernente la tendenza a considerare anche le richieste di intervento inammissibili) è stato ripetutamente evidenziato anche dopo l’entrata in vigore delle nuove norme integrative: v., ad es., M.C. GRISOLIA, *Le modifiche delle Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, Editoriale, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2020, pp. 7-8 e A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2020, p. 434.

giurisprudenziale”⁵. Un conto è muoversi lungo un percorso già tracciato (sia pure in maniera tutt’altro che netta), un conto è fissare di volta in volta la strada da percorrere (la prassi, per quanto consolidata, non vincola mai quanto una disciplina disposta in sede normativa)⁶.

Detto questo, non mancano comunque risvolti problematici. L’inserimento dei nuovi istituti nelle norme integrative non risolve qualsiasi incertezza: i margini di dubbio rimangono ancora tanti e solo la prassi applicativa potrà fornire (almeno in parte) alcune risposte⁷. Inoltre rappresenterebbe indubbiamente un problema una eventuale esasperazione di questa “apertura” e ricerca di trasparenza⁸. Parte della dottrina, prendendo spunto dalla modifica delle norme integrative, è tornata ad interrogarsi sull’opportunità di introdurre nella giustizia costituzionale italiana istituti come la *dissenting opinion* o il ricorso diretto, che potrebbero teoricamente inserirsi lungo un percorso di apertura⁹. Ma si rischia così di entrare in un circolo

⁵ Così A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative*, cit., pp. 429 ss. La decisione di inserire i nuovi istituti nelle norme integrative rappresenta una garanzia di maggiore stabilità e prevedibilità rispetto ai casi in cui eventuali novità sono introdotte in via pretoria. La Corte, una volta approvate le nuove norme integrative, è tenuta a rispettarle (non può disattenderle, ma solo modificarle ulteriormente: in tal senso la stessa Corte con l’ordinanza n. 295 del 2006). Dello stesso A. v. anche l’*Intervento al Web Seminar Invito a Corte*, cit., dove evidenzia che la Corte, scegliendo la via dell’autonormazione, ha valorizzato la propria “anima giurisdizionale”.

⁶ I precedenti giurisprudenziali possono essere disattesi, le norme integrative no (v. nota precedente).

⁷ Ad esempio, l’art.14-*bis* n.i., introducendo la possibile audizione di “esperti di chiara fama”, si presta ad essere applicato ad un ambito ampio e indeterminato, privo di delimitazioni sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo. In tal senso S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all’ascolto della società civile, ovvero della legittimazione di sé attraverso gli altri*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2020, pp. 392 ss. Inoltre ha destato stupore il fatto che la disposizione relativa agli esperti sia stata posta dopo l’art.14, che segna la fine dell’istruttoria: in questo modo l’audizione degli esperti sembrerebbe essere stata concepita come incidente processuale diverso dalla assunzione delle prove di cui agli artt. 12-14 n.i. Così G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile*, cit., p. 95. Ulteriori incertezze si possono cogliere anche con riferimento alla figura degli *amici curiae*, la cui collocazione nel processo costituzionale non è interpretata in modo univoco. Per alcuni rappresentano una forma di arricchimento del contraddittorio, così come i terzi intervenienti e a differenza degli esperti, che andrebbero inquadrati invece nell’ambito dei poteri istruttori (A. PUGIOTTO, *Le nuove norme integrative*, cit., pp. 435-436: un ente rappresentativo potrebbe in teoria scegliere se seguire la via dell’intervento di terzi, o quella degli *amici curiae*; su questa duplice possibilità v. anche C. MASCIOTTA, *Note a margine delle nuove norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2020, p. 201). Secondo altri gli *amici curiae* vanno invece ad ampliare i poteri istruttori della Corte (S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all’ascolto della società civile*, cit., p. 390). Ferma restando la stretta connessione tra i due ambiti (contraddittorio e istruttoria), le due interpretazioni mi sembrano comunque sottintendere una diversa lettura del ruolo che gli *amici curiae* sono chiamati a svolgere nel processo costituzionale: di natura più soggettiva nel primo caso (rappresentare interessi di parte), più oggettiva nel secondo (fornire elementi utili ai fini decisori). Nettamente a favore della prima ipotesi anche M. LUCIANI, nel corso del Web Seminar *Invito a Corte*, cit., mentre una lettura più vicina alla seconda ipotesi è riscontrabile in D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento nella giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna, 2020, pp. 43-44.

⁸ Incamminarsi lungo la strada dell’apertura e della trasparenza può significare, nel momento in cui il fenomeno viene portato all’eccesso, produrre gravi effetti distorsivi. M. LUCIANI, *L’incognita delle nuove norme integrative*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2020, pp. 407-408 (dello stesso A. si veda anche l’*Introduzione al Web Seminar Invito a Corte*, cit.), fortemente critico nei confronti dell’orientamento che ha prodotto la modifica delle norme integrative, fa l’esempio del Tribunale Supremo Federale del Brasile, che è arrivato al punto di trasmettere in diretta le proprie riunioni in camera di consiglio, trasformandole così di fatto in una sorta di arena politica. S. BARBARESCHI, *La Corte costituzionale si apre all’ascolto della società civile*, cit., pp. 400-401, interpreta l’apertura della Corte come una ricerca di legittimazione attraverso gli altri, che rischia però con il tempo di farle assumere una posizione di debolezza.

⁹ In tal senso P. RIDOLA, “*La Corte apre alla società civile*”, Editoriale, in *federalismi.it*, n.2, 2020, pp. VIII ss. e M.C. GRISOLIA, *Le modifiche delle Norme integrative*, cit., pp. 11-12. V. anche gli *Interventi* di V. ONIDA, R. ROMBOLI, N.

vizioso di continua ricerca di strumenti in grado di assicurare un operato della Corte più trasparente. Anche senza portare tale orientamento alle estreme conseguenze¹⁰, c'è comunque il pericolo di compromettere l'equilibrio che contraddistingue la Corte italiana (quando invece la prudenza è d'obbligo se si ipotizzano cambiamenti che coinvolgono un organo costituzionale che funziona bene).

L'apertura a soggetti esterni, determinata dalla modifica delle norme integrative, ha destato forte preoccupazione per la valenza politica che potrebbe far assumere al processo costituzionale (si pensi soltanto ai possibili risvolti problematici inerenti alla selezione di tali soggetti da parte della Corte)¹¹.

C'è però un aspetto sul quale sembra concordare la dottrina sia favorevole sia contraria alle modifiche apportate alle norme integrative ed è ravvisabile nel fatto che soltanto l'inveramento dei nuovi istituti consentirà una piena valutazione sulla loro opportunità o meno. Guardando a come si consolideranno nella prassi, sarà possibile verificare se le scelte ad essi sottese siano in grado di fornire al processo costituzionale elementi più positivi che negativi (vista la presenza di un rischio oggettivo, il cui riconoscimento sembra trasparire anche dalle posizioni che hanno valutato positivamente l'intervento della Corte sulle norme integrative)¹². È prevedibile comunque che la risposta che ci verrà fornita dal concreto utilizzo degli istituti inseriti nelle norme integrative risentirà, nel corso del tempo, delle

ZANON, al Web Seminar *Invito a Corte*, cit., propensi a prendere in considerazione soprattutto l'ipotesi della *dissenting opinion*. Su quest'ultimo tema si è svolto più di recente il Web Seminar *Dissenting opinion: può essere una storia (anche) italiana?*, Università degli Studi di Milano, 24 novembre 2020, reperibile in *Radioradicale.it*, nel corso del quale più volte è stato evidenziato il riemergere dell'interesse per questo istituto in concomitanza con l'apertura della Corte alla società civile (in tal senso la *Relazione introduttiva* di A. ANZON e gli *Interventi* di M.C. GRISOLIA e G. RAGONE, anche se da punti di vista non del tutto coincidenti). Sul punto v. anche, da ultimo, B. CARAVITA, *Ai margini della dissenting opinion. Lo "strano caso" della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 87, dove si rileva "la contraddittorietà di una Corte che si apre all'esterno, ma rimane – malamente - chiusa all'interno". L'A., prendendo spunto dai casi in cui la decisione costituzionale viene redatta da un giudice diverso dal relatore, ritiene che in questo momento storico prevalgano le ragioni a favore dell'introduzione della *dissenting opinion* nella giustizia costituzionale italiana, nonostante la presenza (anche) di indubbe criticità (spec. p. 97).

¹⁰ È quanto avverrebbe se anche in Italia, come in Brasile, si arrivasse al punto di rendere accessibili in rete le sedute in camera di consiglio (v. nota 8).

¹¹ M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, cit., pp. 402 ss., ritiene problematico soprattutto l'istituto degli *amici curiae*, che di fatto esclude dal processo costituzionale i soggetti più deboli, quelli che non sono neanche in grado di organizzarsi in forma associativa; inoltre mette in risalto il rischio di una sovraesposizione del Presidente della Corte, sul quale grava il compito di decidere sulla ammissibilità delle opinioni scritte degli *amici curiae* (sia pure "sentito il giudice relatore"). Dello stesso avviso su quest'ultimo punto G.L. CONTI, *La Corte costituzionale si apre (non solo) alla società civile*, cit., pp. 90-91. La modifica delle norme integrative fa emergere l'esigenza di una Corte forte e autorevole, in grado di resistere alle pressioni esterne (lo evidenzia, in uno dei primi commenti dedicati alle nuove norme integrative, P. RIDOLA, "La Corte apre alla società civile", cit., p. VIII). Il problema della partecipazione di soggetti "esterni" al processo costituzionale è stato analizzato in chiave comparatistica, poco prima della modifica delle norme integrative, da T. GROPPPI, *Verso un giudizio costituzionale "aperto"? Riflettendo sull'intervento di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quad. cost.*, 2019, pp. 371 ss., che, pur ritenendolo un possibile elemento di arricchimento, non manca di evidenziare, alla fine del lavoro, i rischi ad esso connessi (spec. p. 387).

¹² Ha esplicitamente evidenziato la presenza di un rischio oggettivo M. LUCIANI, nel corso del Web Seminar *Invito a Corte*, cit. Un giudizio sostanzialmente positivo delle modifiche apportate alle norme integrative, ma con la consapevolezza dei risvolti problematici che connotano i nuovi istituti, si può cogliere nelle posizioni di T. GROPPPI, P. RIDOLA, M.C. GRISOLIA, che si sono indicate nelle note precedenti.

oscillazioni alle quali va incontro la giurisprudenza costituzionale e l'operare stesso della Corte. Nel caso di specie il punto di equilibrio dovrebbe essere cercato evitando sia aperture eccessive sia dinieghi ingiustificati¹³. Ma il compito che la Corte è chiamata a svolgere non è e non sarà semplice, se non altro per l'ingente quantitativo di richieste che le vengono presentate¹⁴.

Lo stesso atteggiamento di apertura che si è fin qui rilevato si può scorgere anche nella consuetudine (sempre più utilizzata) a presentare comunicati stampa che riassumono e spiegano le decisioni più importanti assunte dalla Corte, rese così comprensibili anche ai “non addetti ai lavori”¹⁵. In alcuni casi il comunicato riguarda decisioni già redatte ed è, quindi, praticamente contestuale al deposito della pronuncia; in altri casi il comunicato dà conto di quanto deliberato in camera di consiglio prima che vi sia stata la stesura della motivazione. Quest'ultima ipotesi viene considerata un importante strumento di informazione tempestiva, che consente all'opinione pubblica di ricevere una comunicazione corretta su come ha deciso la Corte, evitando una possibile fuga di notizie nel periodo che precede la redazione della decisione¹⁶. Ma è anche uno strumento estremamente delicato per l'impatto che può avere sulla scrittura della motivazione e, nei casi di incostituzionalità, sui soggetti che devono fare applicazione della disposizione illegittima (visto che ancora non c'è la sentenza che produce i relativi effetti)¹⁷. Può anche accadere che sulla stessa questione vengano fatti due comunicati stampa e che, quindi, il primo comunicato, relativo alla decisione assunta, sia seguito da un altro concernente la pronuncia redatta e depositata¹⁸.

¹³ Così M.C. GRISOLIA, *Le modifiche delle Norme integrative*, cit., p. 12.

¹⁴ Lo stesso Presidente G. CORAGGIO, il 18 dicembre 2020, appena eletto, ha messo in luce l'estrema delicatezza delle decisioni relative agli *amici curiae*: gli interessi in gioco sono molti, dal momento che la Corte è chiamata a giudicare sulle leggi, quindi c'è il rischio tangibile che siano in tanti a voler presentare opinioni scritte. Nel corso dei primi mesi di applicazione delle nuove norme integrative sono stati, infatti, numerosi i soggetti che si sono attivati come *amici curiae*.

¹⁵ L'importanza di queste nuove forme di comunicazione è sottolineata dal Presidente G. LATTANZI, *Relazione sull'attività svolta nel 2018*, cit., pp. 2-3, che colloca i comunicati relativi alle decisioni costituzionali (insieme ai viaggi nelle scuole e nelle carceri) tra le iniziative assunte dalla Corte per farsi conoscere e rendersi comprensibile a tutti. È un intento condivisibile purché non si traduca in un'eccessiva semplificazione e, quindi, “banalizzazione” delle pronunce costituzionali. Così G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: i comunicati stampa e le “voci di dentro” tra tradizione e innovazione*, in *Dir. soc.*, n. 2, 2018, p. 239.

¹⁶ V. ONIDA, *Il Forum - I comunicati stampa della Corte costituzionale*, in *Riv. GdP*, n. 1, 2020, pp. 364-365.

¹⁷ G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta*, cit., p. 249 e D. CHINNI, *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, sempre in *Dir. soc.*, n. 2, 2018, pp. 276-277.

¹⁸ Il doppio comunicato, fino a poco tempo fa indicato come un'eventualità molto rara (A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., p. 277), è stato utilizzato nel 2020 diverse volte: v., p. es., le questioni decise con l'ordinanza n.182 (questione pregiudiziale sul “bonus bebè” agli stranieri extracomunitari) e con le sentenze nn. 10 (inammissibilità del referendum elettorale), 32 (retroattività della legge “spazzacorrotti”), 150 (*Jobs act* e indennità di licenziamento illegittimo), 152 (invalidi civili totali e pensione di inabilità), 168 (Ponte Morandi e “decreto Genova”), 186 (iscrizione anagrafica e richiedenti asilo), 230 (omogenitorialità e discrezionalità legislativa), 254 (*Jobs act* e licenziamenti collettivi), 278 (emergenza COVID e sospensione della prescrizione). V. anche le sentenze nn. 32 e 33 del 2021, che si citano alla nota 73.

Lo sforzo fatto dalla Corte per facilitare la comprensione delle proprie decisioni, se per certi versi è encomiabile e condivisibile, si risolve nel contempo in una scelta non del tutto neutrale e asettica¹⁹. La Corte seleziona le decisioni da sintetizzare e spiegare e in questo modo attira l'attenzione su alcune pronunce piuttosto che su altre. Lo stesso titolo dato al comunicato stampa finisce col mettere in risalto alcuni aspetti a scapito di altri²⁰. La Corte, in sostanza, attraverso i comunicati stampa può indirizzare la lettura e interpretazione delle sue decisioni.

Anche qui luci e ombre: la Corte, incrementando l'utilizzo di questo strumento, dovrà muoversi con accortezza, in maniera tale da fondare il dialogo con la società civile su presupposti di grande equilibrio. Le iniziative sin qui analizzate sembrano siglare (per ora) la fine di una Corte che parla solo attraverso le sue sentenze.

C'è un'evidente volontà di apertura nei confronti della società civile, volta a far conoscere l'istituzione Corte costituzionale, ma anche a conoscere la realtà sulla quale vanno ad incidere le decisioni costituzionali: è un dare e un ricevere al tempo stesso. Contenuta nei limiti che si sono cercati di evidenziare questa apertura non è un fattore negativo, purché non le si attribuisca il significato di una ricerca di legittimazione democratica²¹. La legittimazione della Corte non può avere la connotazione propria della legittimazione degli organi politici. Il dialogo con la società civile non inficia e non snatura la legittimazione della Corte costituzionale e della giustizia costituzionale in genere, che rimane "fondata sul riconoscimento della necessità della funzione"²².

2. L'ambito giurisprudenziale e il rapporto con i giudici con riferimento all'obbligo di tentare l'interpretazione conforme

Le iniziative che si sono rapidamente analizzate evidenziano una Corte aperta, propensa al dialogo con la società civile e in tal senso disposta ad esporsi. Se si sposta l'attenzione nell'ambito delle decisioni

¹⁹ Il comunicato, se è espressione dell'esigenza di instaurare un dialogo con l'opinione pubblica, nel contempo di fatto può assumere una connotazione *latu sensu* politica: può far emergere l'anima politica a scapito di quella giurisdizionale. Così A. RUGGERI, *Il Forum - I comunicati stampa della Corte costituzionale*, cit., pp. 370-371. Ma si veda anche la sottolineatura fatta da L. CARLASSARE, *ivi*, p. 360: con l'apertura alla società civile la Corte dimostra di sentirsi responsabile nei confronti della comunità dei cittadini e in questo modo finisce col ribadire la sua indipendenza dalla politica.

²⁰ R. ROMBOLI, *Il Forum - I comunicati stampa della Corte costituzionale*, cit., pp. 366 ss. V. anche, in una prospettiva fortemente critica, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., pp. 276 ss.

²¹ La ricerca di una legittimazione democratica è stata indicata come il movente dell'apertura della Corte alla società civile da M. BIGNAMI, *Intervento al Web Seminar Invito a Corte*, cit.

²² L. ELIA, *Giustizia costituzionale e diritto comparato*, in *Quad. cost.*, 1984, p. 9: il controllore (la Corte) non può avere la stessa legittimazione del controllato (il legislatore) (dello stesso A. v. anche, nello stesso senso, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 517). La Corte trae la sua legittimazione dal fatto che è chiamata ad applicare la Costituzione, che è frutto del potere costituente (questo democraticamente legittimato). Così M. LUCIANI, nel corso del Web Seminar *Invito a Corte*, cit.

costituzionali più strettamente inteso, si coglie ugualmente un atteggiamento molto entrante, la prevalenza di un intento favorevole a risolvere le questioni sottoposte al suo giudizio rispetto a quello, che per diverso tempo ha contrassegnato la giurisprudenza costituzionale, volto ad utilizzare la declaratoria di incostituzionalità solo come *extrema ratio*.

La tendenza alla “diffusione”, che ha caratterizzato la giurisprudenza costituzionale a partire dallo smaltimento dell’arretrato (fine anni ottanta del secolo scorso), ha ormai ceduto il posto ad una nuova fase in cui prevale invece un orientamento di “riaccentramento”²³. Sono molti gli elementi che depongono a favore di tale ricostruzione (tra l’altro, già ampiamente evidenziati ed esaminati dalla dottrina)²⁴. L’analisi

²³ Il termine “riaccentramento” si trova frequentemente utilizzato per indicare quella “rinnovata ricerca di centralità” che connota la giurisprudenza costituzionale più recente. Così D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., p. 11, che adopa il termine anche nel sottotitolo del volume (*Percorsi di ri-accentramento nella giustizia costituzionale in Italia*). Lo stesso termine ricorre anche nel titolo del Web Seminar *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?*, cit. Ma v. anche, ad es., G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 308 ss. e 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 *Riv. AIC*, n. 2, 2019, p. 663. R. ROMBOLI, *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Relazione introduttiva, in *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Atti del Seminario di Pisa del 25 ottobre 2019, a cura di G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, pp. 13 ss. (dello stesso A. v. anche *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”*, in *Riv. GdP*, n. 2, 2020, pp. 1 ss.), ha evidenziato che il termine “accentrato” può assumere un significato più generico, oltre a quello classico, maggiormente tecnico (con il quale si va ad indicare la contrapposizione e distinzione tra i due modelli puri di giustizia costituzionale: accentrati e diffusi). Nel significato più generico, invece, l’accentramento identifica quel fenomeno, tipico della giurisprudenza costituzionale più recente, per cui la Corte tende a riassumere su di sé poteri che aveva “delegato” ad altri, o ad espandere la sua azione in ambiti rispetto ai quali aveva assunto un atteggiamento di *self-restraint* (il riferimento è al rapporto della Corte, rispettivamente, con i giudici e con il legislatore, che costituirà l’oggetto della presente analisi). Ferma restando la stretta connessione che rimane comunque tra le due accezioni del termine, di fronte alla puntualizzazione fatta da ROMBOLI il termine “riaccentramento” sembrerebbe però più appropriato per quelle situazioni in cui la Corte torna ad esercitare poteri di cui si era spogliata e, quindi, sul versante del rapporto con i giudici (è solo con riferimento al rapporto con i giudici comuni che la Corte ha riassunto su di sé poteri di cui si era spogliata, muovendosi in senso inverso rispetto alla “diffusione” da lei stessa incoraggiata: sul punto v. anche B. RANDAZZO, *Il “riaccentramento” del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, p. 145). Ulteriori precisazioni terminologiche sono state fatte da T. GROPPi, nel corso del Web Seminar *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?*, cit., ora in *Il ri-accentramento nell’epoca della ricentralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, p. 133, dove si distingue il termine riaccentramento in senso stretto (concernente la valorizzazione del sistema accentrato di giustizia costituzionale) dal termine ricentralizzazione (da utilizzare per indicare il fenomeno più ampio del riposizionamento della Corte rispetto agli altri poteri). Utilizzando quest’ultima impostazione si può parlare allora di ricentralizzazione per fare riferimento al rapporto della Corte sia con i giudici sia con il legislatore.

²⁴ Si possono collocare lungo questa linea di tendenza, che vede una Corte molto più entrante di prima, ad es., l’allargamento dell’accesso in via incidentale ai fini della sindacabilità delle leggi elettorali (sentenze nn. 1 del 2014 e 35 del 2017); l’utilizzo meno frequente delle ordinanze di restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens* (la Corte valuta direttamente gli effetti dello *ius superveniens* sui requisiti della questione di legittimità costituzionale, anziché rimettere la decisione al giudice *a quo*); il mutato rapporto con la Corte di giustizia, che induce la Corte prima a riconoscersi legittimata ad utilizzare il rinvio pregiudiziale (ordinanze nn. 103 del 2008 e 207 del 2013), poi a pronunciare decisioni incisive, che ne valorizzano il ruolo di custode dei controlimiti (come la sentenza n. 115 del 2018, che conclude il caso Taricco, o la sentenza n. 269 del 2017, che inverte la doppia pregiudizialità a favore del sindacato costituzionale accentrato quando è in gioco la tutela di un diritto fondamentale); ma si pensi anche, nell’ambito del giudizio in via principale, all’uso elastico della “ridondanza”, che favorisce il sindacato costituzionale sulle leggi statali impugnate dalle regioni, o, da ultimo, al primo caso in cui la Corte ha disposto la sospensione cautelare degli effetti di una legge (regionale) ai sensi dell’art. 35, l. n. 87 del 1953 (ordinanza n. 4 del 2021), evenienza che sembrava difficilmente praticabile (di fronte

che verrà svolta in questa sede sarà però circoscritta a due ambiti, che ho avuto modo di esaminare in occasione del Seminario dedicato ai venti anni dopo la svolta segnata dallo smaltimento dell'arretrato, organizzato nel 2010 dal Gruppo di Pisa²⁵. Vorrei, pertanto, partire da lì per evidenziare i principali mutamenti che negli anni più recenti hanno segnato il rapporto della Corte con i giudici comuni, da un lato, e con il legislatore, dall'altro. In particolare vorrei soffermarmi sui due “pilastri” che hanno per tanto tempo connotato il dialogo della Corte con i suoi due principali interlocutori: il canone dell'interpretazione conforme sul versante dei giudici e il vincolo delle “rime obbligate” (e, quindi, della discrezionalità legislativa) sul versante del legislatore (entrambi, come è noto, sono stati oggetto di una rilettura da parte della giurisprudenza costituzionale più recente)²⁶.

I fatti relativi allo smaltimento dell'arretrato sono noti. Li riassumo qui brevemente per comodità di chi legge.

Si è sottolineato tante volte che nella giurisprudenza costituzionale è possibile individuare un “prima” e un “dopo”, con lo spartiacque dato appunto dallo smaltimento dell'arretrato, che segna così idealmente il passaggio ad una nuova fase²⁷.

La giurisprudenza iniziale è caratterizzata dall'utilizzo di criteri “a maglie larghe”. La Corte si concentra sul compito di “defascistizzare” l'ordinamento giuridico, vuole eliminare quelle leggi anteriori alla Costituzione che risultano incompatibili con essa. È, quindi, una Corte propensa ad intervenire e per questo non particolarmente rigorosa nel valutare l'ammissibilità delle questioni sottoposte al suo giudizio. In sostanza prevale da parte della Corte l'intento di esaminare nel merito le questioni (accogliendo quelle

alle istanze di sospensione cautelare la Corte aveva sempre preferito decidere rapidamente nel merito, piuttosto che valutare la sussistenza dei relativi presupposti) e adesso presa invece in considerazione (sia pure nella peculiarità del contesto emergenziale determinato dalla pandemia).

²⁵ Il riferimento è al mio contributo *Uno sguardo sulla giustizia costituzionale venti anni dopo lo smaltimento dell'arretrato*, in *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, cit., pp. 293 ss.

²⁶ Riprendo il termine “pilastri” da T. GROPPi, nel corso del Web Seminar *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?*, cit., ora in *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione*, cit., p. 136, che lo ha però utilizzato in un'accezione non esattamente coincidente con quella che si è usata nel testo, vale a dire per fare riferimento ai due momenti più significativi della “diffusione” del controllo di costituzionalità (la dottrina dell'interpretazione conforme e le sentenze additive di principio), ridimensionati in modo significativo nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni.

²⁷ Più volte è stata proposta la suddivisione della giurisprudenza costituzionale in diverse fasi o stagioni, sulla base del presupposto che l'operare della Corte è condizionato dal contesto storico in cui si inserisce. Si veda, ad es., E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 357 ss. e, più recentemente, D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., pp. 11 ss., dove si evidenzia esplicitamente che la Corte “risente del dinamico contesto sociale in cui è calata” (spec. p. 17). Ferma restando la validità di questo presupposto, in questa sede non si assumerà alcuna partizione specifica della giurisprudenza costituzionale (a differenza di quanto si era pensato di fare in un primo momento), poiché qualsiasi suddivisione in fasi non può che avere un valore meramente tendenziale. Non c'è una separazione netta tra un momento ed un altro ed è, pertanto, forse più opportuno (o più semplice) limitarsi a rilevare alcuni orientamenti di fondo che sembrano caratterizzare in maniera più cospicua la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, piuttosto che assumere partizioni che rischiano di risultare insufficienti o incomplete.

che risultano incostituzionali) e, per questo, utilizza criteri di ammissibilità piuttosto blandi, per cui diventa non difficile che una questione superi il vaglio di ammissibilità (ecco le “maglie larghe”).

Il passaggio ad una giurisprudenza costituzionale non più “a maglie larghe”, ma “a maglie strette”, è in qualche modo determinato dall’esigenza di smaltire l’ingente arretrato formatosi dopo che, alla fine degli anni settanta del secolo scorso, la Corte, allora competente anche sui reati ministeriali, aveva dovuto concentrare la sua attività nel processo a carico di due ministri coinvolti nello scandalo Lockheed²⁸.

Lo smaltimento dell’arretrato fu sollecitato e voluto dal Presidente Saja. La giurisprudenza costituzionale degli anni 1987-1989 è segnata da un’intensa attività finalizzata appunto a far riacquistare alla Corte l’efficienza perduta (basta guardare al numero delle decisioni rese alla fine degli anni ottanta del secolo scorso per capire la mole di lavoro di cui si fece carico la Corte).

È in questo periodo che si incominciamo ad utilizzare tecniche in grado di sveltire il lavoro della Corte, che continueranno però a caratterizzare per molto tempo la giurisprudenza costituzionale, anche dopo il perseguimento dell’obiettivo di eliminare l’arretrato. In particolare aumentano in maniera esponenziale le pronunce di natura processuale, che consentono alla Corte di “sbarazzarsi” rapidamente di una questione, evitando l’onere di esaminarla e risolverla nel merito. Se inizialmente era abbastanza semplice superare il vaglio di ammissibilità, adesso diventa sempre più difficile. Si riduce in modo significativo il numero delle decisioni di merito. Il controllo della Corte sui presupposti di ammissibilità si fa molto più stringente (a “maglie strette”, appunto). Basta una piccola “imperfezione” perché la questione sia dichiarata inammissibile e, quindi, non affrontata nel merito. Al tempo stesso le ordinanze cominciano a prevalere sulle sentenze e ciò consente alla Corte non solo di evitare il passaggio al giudizio nel merito, ma anche a farlo in modo più rapido (l’ordinanza è motivata in modo più succinto, non richiede un’ulteriore riunione in camera di consiglio una volta che sia stata redatta, grazie al principio del silenzio-assenso, e in genere consente di saltare la pubblica udienza e di andare direttamente in camera di consiglio).

Si consolida, a partire da questo periodo, quell’orientamento per cui il controllo sulle ordinanze di rimessione dei giudici *a quibus* diviene estremamente rigoroso: i giudici devono fornire di adeguata motivazione tutti gli elementi presenti nell’ordinanza di rimessione, non possono prospettare alla Corte interpretazioni alternative, ma devono identificare con estrema precisione la questione da sottoporre al giudizio costituzionale. I giudici, quindi, subiscono un controllo stringente da parte della Corte, sentono di poter essere facilmente sanzionati e sono, pertanto, indotti ad attivare il processo costituzionale con

²⁸ Il processo si svolse tra il 1977 e il 1979. Come è noto, fu proprio la difficoltà in cui si venne a trovare la Corte per il lungo tempo dedicato al giudizio di accusa nei confronti dei due ministri (Gui e Tanassi) che portò il Presidente Elia a sollecitare una riforma parlamentare che andasse a circoscrivere la relativa competenza costituzionale. Diversi anni dopo, con la legge costituzionale n.1 del 1989, fu sottratta alla Corte la competenza sui reati ministeriali. Per una ricostruzione di tali vicende si rinvia a E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 322 ss.

maggiore cautela rispetto a prima (sono consapevoli che, se non riescono a “confezionare” una questione “perfetta”, incorreranno in una pronuncia di inammissibilità). Al tempo stesso, però, il mutato atteggiamento della Corte nei confronti dei giudici produce anche un’altra conseguenza: nel momento in cui la Corte si pone nei loro confronti in maniera estremamente esigente, li porta ad utilizzare l’accesso in via incidentale con grande scrupolosità e perciò stesso il loro ruolo finisce con l’essere valorizzato rispetto a prima. Inizia quella tendenza alla “diffusione” che poi caratterizzerà per diversi anni l’ambito della giustizia costituzionale italiana.

Tale contesto è terreno fertile per l’innestarsi della componente più significativa inerente al rapporto tra Corte costituzionale e giudici *a quibus*. Si è già detto che la questione sollevata in via incidentale non può contenere più opzioni interpretative: il giudice deve indicare in modo chiaro e inequivoco qual è l’interpretazione che intende dare alla disposizione impugnata. Nella giurisprudenza costituzionale degli anni relativi allo smaltimento dell’arretrato (ma in realtà anche in quella che lo precede e che lo segue) si possono individuare, inoltre, anche decisioni di inammissibilità in cui viene dichiarato che, se uno dei significati normativi possibili risulta essere conforme alla Costituzione, il giudice deve privilegiare questo e non sollevare la questione dinanzi alla Corte²⁹. Siamo agli albori di quell’orientamento che segnerà in maniera tanto incisiva la giurisprudenza degli anni successivi. Il principio enunciato dalla Corte si consolida, infatti, fino al punto di assumere la valenza di un vero e proprio obbligo a carico del giudice³⁰. Il tentativo di interpretazione conforme diventa una terza condizione dell’accesso in via incidentale³¹: oltre alla rilevanza e alla non manifesta infondatezza (che sono le condizioni fissate normativamente nell’art.23 l. n.87 del 1953), viene stabilito in via pretoria l’obbligo di attivare il processo costituzionale solo dopo aver esperito il tentativo di interpretare la disposizione oggetto della eventuale questione di

²⁹ V., ad es., ordinanza n. 459 del 1991, dove si afferma testualmente il principio per cui, “tra più possibili interpretazioni della norma, si deve scegliere l’interpretazione ritenuta conforme a Costituzione”. Questa pronuncia a sua volta rinvia ad altre decisioni di poco precedenti che si richiamano allo stesso principio (sentenza n. 171 del 1986 e ordinanze n. 63 del 1989 e nn. 584 e 491 del 1987). Il principio per cui, laddove è possibile, va privilegiata l’interpretazione conforme alla Costituzione è affermato a livello dottrinale sin dai primissimi anni di attività della Corte costituzionale (sul punto v., da ultimo, la ricostruzione di G. PITRUZZELLA, *L’interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell’interpretazione della legge*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, pp. 161 ss.).

³⁰ È quasi superfluo il riferimento alla notissima affermazione contenuta nella sentenza n.356 del 1996: “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali” (punto 4 del *Considerato in diritto*).

³¹ Più precisamente, si può parlare di terza condizione solo dal punto di vista cronologico (perché è l’ultima ad essere introdotta). Dal punto di vista logico, invece, rappresenta la condizione prioritaria: solo se il giudice ha tentato senza successo l’individuazione di un significato normativo conforme alla Costituzione, andrà a verificare la sussistenza delle altre condizioni necessarie ai fini dell’accesso in via incidentale (anche perché la verificata impossibilità di interpretazione conforme incide sulla valutazione sia della rilevanza sia della non manifesta infondatezza). Sul punto v. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 104; sul rapporto tra il canone dell’interpretazione conforme e le altre due condizioni dell’incidentalità v. inoltre, più analiticamente, G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale*, cit., pp. 111 ss. e 124 ss.

costituzionalità in modo conforme alla Costituzione. Se non c'è spazio per un'interpretazione conforme a Costituzione, il giudice può sollevare la questione, altrimenti deve proseguire il giudizio applicando la disposizione nel significato conforme a Costituzione individuato, senza invocare l'intervento della Corte. Di fatto, in questo modo, i giudici vengono sollecitati a risolvere il problema della compatibilità di una disposizione con la Costituzione sul piano interpretativo. Viene così estromesso il giudizio dell'organo deputato a garantire la legalità costituzionale (o meglio, è lo stesso Giudice delle leggi che, incrementando il ruolo dei giudici comuni, rende marginale il proprio intervento).

Dieci anni fa (quando si è svolto il Seminario di Stresa) questa tendenza aveva raggiunto il suo culmine e aveva già fatto emergere i profili critici che la contraddistinguono.

Occorre sottolineare che la Corte costituzionale, sin dai primi anni di attività, aveva introdotto ed utilizzato in maniera crescente le sentenze interpretative di rigetto, la prima tipologia decisoria con cui è andata oltre la secca alternativa, normativamente prevista, tra rigetto e accoglimento. Come è noto, queste decisioni dichiarano la questione infondata ma a condizione che si attribuisca alla disposizione impugnata un preciso significato normativo, che non è quello individuato dal giudice che ha sollevato la questione in via incidentale. In questo modo la Corte evita la declaratoria di incostituzionalità di una disposizione che risulta interpretabile in maniera conforme alla Costituzione. In questa prima fase è la Corte che si accolla il compito di adeguare il significato di un testo normativo alla Costituzione (ovviamente quando ciò sia possibile). Emerge così l'intento di non espungere dall'ordinamento quelle disposizioni che attraverso l'interpretazione possono assumere un significato non contrastante con la Costituzione. Il primo obiettivo della Corte non è quello di dichiarare l'incostituzionalità, ma quello di verificare se c'è lo spazio per un'interpretazione che consenta di evitare la declaratoria di incostituzionalità.

Questa rapida premessa (non si entra qui nel merito delle tante questioni inerenti alle sentenze interpretative di rigetto, che, oltre ad essere note, non interessano ai fini della presente analisi) permette di cogliere appieno quanto si verifica nel momento in cui la Corte pone a carico dei giudici l'obbligo di tentare l'interpretazione conforme e, quindi, di sollevare la questione solo quando tale tentativo non sia andato a buon fine. Si è già detto che, nel momento in cui il controllo della Corte sulle ordinanze di rimessione diviene "a maglie strette", i giudici sono tenuti ad un'estrema puntualità. In particolare devono motivare con precisione perché ritengono sussistenti le condizioni necessarie per l'instaurazione del giudizio in via incidentale. Ciò significa, per quanto concerne il profilo che qui interessa, che devono dimostrare di aver tentato senza successo un'interpretazione della disposizione impugnata conforme alla Costituzione. Devono dimostrare per quali motivi reputano che non ci sia spazio per l'individuazione di un significato normativo che consenta di evitare l'attivazione del processo costituzionale. Se il tentativo

di interpretazione conforme non è stato fatto, o se è stato fatto in un modo che la Corte reputa insufficiente, la questione viene dichiarata inammissibile.

Le pronunce di inammissibilità (il più delle volte si tratta di ordinanze di manifesta inammissibilità) “per insufficiente sforzo interpretativo” prendono di fatto il posto che prima spettava alle sentenze interpretative di rigetto (nel senso che laddove la Corte avrebbe pronunciato un’interpretativa di rigetto, adesso viene adottata una pronuncia di inammissibilità per mancato o insufficiente tentativo di interpretazione conforme). La Corte, cioè, quando ritiene che un’interpretazione conforme a Costituzione sia possibile, non emette più un’interpretativa di rigetto, ma dichiara la questione inammissibile. I giudici vengono sollecitati ad intraprendere scelte interpretative sempre più audaci, a cercare in modo puntiglioso una strada che consenta di “piegare” il significato normativo della disposizione in maniera tale da farlo risultare non contrastante con la Costituzione. La Corte talvolta non si limita a contestare lo sforzo interpretativo compiuto dal giudice *a quo*, ma arriva al punto di suggerire lei stessa la strada da percorrere per identificare la norma conforme a Costituzione³². Ma anche in questi casi la questione viene dichiarata inammissibile, e non infondata “nei sensi di cui in motivazione”, come sarebbe avvenuto una volta. Il comportamento del giudice viene così ad essere sanzionato e ricade su di lui la responsabilità di risolvere il giudizio applicando la disposizione che riteneva di dubbia legittimità attribuendole il significato normativo conforme a Costituzione indicato (in maniera più o meno esplicita) dalla stessa Corte.

è evidente a quale approdo conduce il ricorso esasperato al canone dell’interpretazione conforme. La Corte si emargina sempre di più e scarica sui giudici il compito di garantire un’interpretazione e applicazione dei testi normativi che non sia in contrasto con la Costituzione. La decisione di incostituzionalità viene pronunciata dalla Corte solo quando non vi è alcuna possibilità di risolvere il problema dell’incompatibilità sul piano interpretativo (diviene appunto un’*extrema ratio*, alla quale ricorrere solo quando non se ne può fare a meno)³³. Le sentenze interpretative di rigetto, se non

³² Nella sentenza n. 110 del 1989, ad es., la Corte contesta al giudice di essersi limitato ad un’interpretazione letterale della disposizione impugnata, quando invece sarebbe stato possibile darne una “lettura costituzionalmente orientata, basata sull’ineliminabile funzione rieducativa della pena, sancita dall’art.27, terzo comma, Cost. e confermata dalla giurisprudenza di questa Corte, che ha escluso l’ammissibilità, nel nostro ordinamento penitenziario, della prevalenza assoluta delle esigenze di prevenzione sociale su quelle di recupero dei condannati” (punto 2.1 del *Considerato in diritto*). La questione verteva in materia di benefici penitenziari (aveva ad oggetto l’art.58-quater, comma 1, della legge sull’ordinamento penitenziario del 26 luglio 1975, n. 354). In pronunce di inammissibilità di questo genere la Corte di fatto si addentra nel merito. Sul punto v. G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle “questioni di interpretazione” in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta Online*, n. 2, 2016, pp. 297-298, che evidenzia anche le criticità insite in tale tipologia decisoria.

³³ Senza considerare che, nel momento in cui si riduce lo spazio riservato alle sentenze di accoglimento (visto che i giudici vengono sollecitati a risolvere i problemi di incostituzionalità attraverso l’interpretazione anziché attivando il processo costituzionale in via incidentale), si va ad incidere anche sulla certezza del diritto, che è assicurata in misura

scompaiono del tutto, si riducono visibilmente e cedono il posto alle numerose pronunce di inammissibilità che contestano al giudice di non aver osservato adeguatamente l'obbligo di tentare l'interpretazione conforme³⁴.

Il rigore con cui la Corte pretende la ricerca dell'interpretazione conforme da parte dei giudici, induce questi ultimi a tentare vie interpretative sempre più audaci, al fine di evitare l'attivazione del processo costituzionale (e il conseguente giudizio severo della Corte nei confronti del loro operato). Da qui la tendenza a discostarsi dal testo per riuscire comunque a ricavare dalla disposizione un significato normativo che ne consenta un utilizzo non contrastante con la Costituzione³⁵.

Inoltre l'uso esasperato del canone dell'interpretazione conforme fa emergere il rapporto problematico con la dottrina del diritto vivente. Si afferma l'idea per cui, stante la superiorità gerarchica e assiologica della Costituzione, l'interpretazione conforme debba comunque prevalere, anche rispetto ad interpretazioni che si siano consolidate nella prassi applicativa³⁶. In questo modo la disposizione rimane in vita, ma con il rischio tangibile che l'interpretazione conforme venga disattesa e si continui a seguire quell'interpretazione consolidata che presumibilmente è in contrasto con la Costituzione. Il diritto vivente dovrebbe invece rappresentare un contrappeso in grado di bilanciare il ricorso al canone dell'interpretazione conforme (quando il diritto vivente si è formato, la Corte dovrebbe tenerne conto e

indubbiamente maggiore da una declaratoria di incostituzionalità che non da un'operazione di tipo interpretativo. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Giuffrè, Milano, 2016, p. 473.

³⁴ Mi pare significativa la sottolineatura fatta da L. ELIA, *Intervento*, in *Come decidono le Corti costituzionali (e altre Corti)*, a cura di P. PASQUINO, B. RANDAZZO, Giuffrè, Milano, 2009, p. 126, nell'ambito di alcune considerazioni concernenti posizioni dottrinali particolarmente critiche nei confronti di un uso esasperato del canone dell'interpretazione conforme: alcune pronunce di inammissibilità dovrebbero trasformarsi in sentenze interpretative di rigetto (anche perché il grosso del lavoro è già stato fatto dalla Corte nel "considerato"), così da garantire un'interpretazione fissata con l'autorità della Corte. Sul punto v. anche nota 32.

³⁵ Particolarmente critico in merito M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 472: discostarsi dal testo significa compromettere quell'equilibrio tra legalità legale e legalità costituzionale che dovrebbe caratterizzare il canone dell'interpretazione conforme (con l'abbandono del testo la legalità legale non viene più ad essere modellata dalla legalità costituzionale, ma finisce con l'esaurirsi nella legalità costituzionale). Ritiene, invece, che non sia opportuno un eccessivo contenimento del potere interpretativo dei giudici, che potrebbe condurre ad un arretramento per quanto concerne la tutela dei diritti fondamentali (per cui dovrebbe essere lasciato ai giudici un margine di "creatività"), M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme torna a casa?*, in *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, cit., p. 53 (anche in *Riv. GdP*, n. 3, 2019, p. 39).

³⁶ G. SORRENTI, *La Costituzione "sottintesa"*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del Seminario svoltosi a Palazzo della Consulta il 9 novembre 2009, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 44 ss.; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 118. Nello stesso senso anche P. GROSSI, *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2016*, in *Cortecostituzionale.it*, p. 5, dove la rimessione della questione alla Corte costituzionale viene indicata come un "estremo rimedio", da utilizzare quando il giudice non è riuscito nel tentativo di interpretazione conforme (che va fatto sempre e comunque, a prescindere dalla presenza del diritto vivente).

decidere di conseguenza, pronunciando quindi una sentenza di accoglimento se il diritto vivente è in contrasto con la Costituzione)³⁷.

3. L'utilizzo meno esasperato del canone dell'interpretazione conforme nella giurisprudenza costituzionale più recente

Questo lo scenario che fino a qualche anno fa delineava il rapporto tra Corte costituzionale e giudici *a quibus* in merito al canone dell'interpretazione conforme.

La situazione comincia ad evolvere dal 2015. La Corte diviene meno esigente nel verificare l'espletamento del tentativo di interpretazione conforme da parte del giudice e decide sulla base di affermazioni che le consentono di tornare a pronunciare sentenze interpretative di rigetto anziché pronunce di inammissibilità “per insufficiente sforzo interpretativo”. Se il giudice consapevolmente esclude che il testo della disposizione possa essere interpretato in modo conforme alla Costituzione, deve ritenersi che abbia espletato in maniera sufficiente il suo compito di tentare un'interpretazione conforme e la verifica (da parte della Corte) dell'esistenza di un'interpretazione alternativa “è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità”³⁸. Insomma basta che il giudice abbia tentato in modo consapevole la ricerca di un'interpretazione conforme a Costituzione perché la questione sia ammissibile: eventuali soluzioni alternative possono essere espletate dalla Corte nella parte del giudizio inerente al merito. In questo modo la Corte sposta la sua valutazione del canone dell'interpretazione conforme dalla fase relativa alla ammissibilità a quella del merito³⁹.

Nella giurisprudenza costituzionale cominciano così ad essere ricorrenti puntualizzazioni che fanno pensare ad un cambio di passo da parte della Corte. Dopo anni di uso esasperato del canone dell'interpretazione conforme, adesso la Corte si premura di sottolineare ripetutamente che il tentativo interpretativo del giudice non può condurre ad un risultato incompatibile con il tenore letterale della

³⁷ Sul punto v. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 474, che sottolinea come il tentativo della Corte di imporre l'interpretazione conforme rispetto ad interpretazioni consolidate già affermatesi sia stato all'origine di significativi conflitti con la Corte di cassazione (al riguardo v. nota 50).

³⁸ Sentenza n. 221 del 2015 (punto 3.3 del *Considerato in diritto*). La Corte in questo modo respinge un'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura dello Stato e decide poi la questione con una sentenza interpretativa di rigetto. Affermazioni analoghe a quelle indicate nel testo si possono ravvisare anche nella sentenza n. 262 sempre del 2015 (se il giudice ha escluso consapevolmente la possibilità dell'interpretazione conforme, la questione non può essere dichiarata inammissibile e “la fondatezza delle diverse interpretazioni attiene al merito della questione”: punto 2.3 del *Considerato in diritto*). V. anche nello stesso senso le sentenze nn. 95, 111, 219 e 240 del 2016; sentenze nn. 42, 180, 194 del 2017; sentenze nn. 77, 132 del 2018; sentenze nn. 12, 78, 131, 189 del 2019; sentenze nn. 158, 168 del 2020.

³⁹ G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle “questioni di interpretazione”*, cit., pp. 293 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., p. 36.

disposizione⁴⁰. La Corte, in sostanza, riconosce che non è possibile sfociare in esiti interpretativi contrastanti con il dato testuale. È un'affermazione non nuova nella giurisprudenza costituzionale, ma che assume ora una significativa valenza di distacco rispetto a quei casi in cui la Corte aveva preteso dai giudici sforzi interpretativi particolarmente audaci.

Anche per quanto concerne il problematico rapporto tra interpretazione conforme e diritto vivente (che, come si è detto, sembrava essersi consolidato nel senso della prevalenza sempre e comunque della prima rispetto al secondo) emergono affermazioni giurisprudenziali interessanti, che rettificano in parte l'orientamento precedente. Se si è formato un diritto vivente che il giudice ritiene di dubbia costituzionalità e, nel contempo, risulta possibile praticare la via dell'interpretazione conforme, il giudice non deve necessariamente risolvere il giudizio utilizzando l'interpretazione conforme, ma ha a disposizione una strada alternativa. È cioè legittimato ad impugnare il diritto vivente dinanzi alla Corte e, quindi, ad attivare il processo costituzionale pur in presenza di un'interpretazione conforme a Costituzione⁴¹. La via dell'interpretazione conforme rimane praticabile, però in questo caso non rappresenta una scelta obbligata, ma è solo una delle due soluzioni possibili. Dal canto suo la Corte, se sull'oggetto della questione si è formato diritto vivente, non può cercare interpretazioni alternative, ma è tenuta a verificare l'incostituzionalità o meno del diritto vivente (una volta, ovviamente, che sia stato impugnato dal giudice *a quo*)⁴².

L'orientamento più recente della Corte sul canone dell'interpretazione conforme è riassunto in modo chiaro nelle parole del Presidente Lattanzi: la ricerca dell'interpretazione conforme da parte dei giudici non può travalicare il significato letterale delle disposizioni e il contesto in cui si inseriscono, mentre solo alla Corte spetta il compito di valutare se le leggi siano conformi o meno alla Costituzione (la soluzione delle questioni di costituzionalità da parte dei giudici sul piano interpretativo è possibile solo quando il contrasto con la Costituzione è meramente apparente e, ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di tentare l'interpretazione conforme, è sufficiente anche l'affermazione motivata che non è possibile trovarla)⁴³.

In questo contesto il rapporto della Corte con i giudici assume un assetto indubbiamente più equilibrato. Non siamo più di fronte ad una Corte che delega ampiamente ai giudici il compito di risolvere, attraverso strumenti interpretativi, problemi di incostituzionalità. Il canone dell'interpretazione conforme rimane in vita: i giudici sono comunque tenuti a tentare l'interpretazione conforme a Costituzione, ma non nella

⁴⁰ V. ad es., sentenze nn. 11, 36, 45, 111, 204 del 2016; sentenze nn. 83 (in questa pronuncia la Corte ribadisce il principio che si è indicato nel testo, ma non condivide l'utilizzo fattone dal giudice remittente nel caso di specie), 208, 268 del 2017; sentenze nn. 15, 32, 114 del 2018; sentenze nn. 54, 174, 221, 245 del 2019; sentenze nn. 97, 151, 158 del 2020.

⁴¹ In tal senso, ad es., sentenza n. 113 del 2015; sentenza n. 191 del 2016; sentenza n. 122 del 2017; sentenza n. 39 del 2018; sentenze nn. 29, 75 del 2019; 12, 32, 95 del 2020; sentenza n. 1 del 2021.

⁴² V., ad es., sentenza n. 52 del 2018; sentenza n. 120 del 2019.

⁴³ G. LATTANZI, *Relazione sull'attività svolta nel 2018*, cit., pp. 6-7.

misura richiesta precedentemente dalla Corte, che, come si è visto, aveva condotto ad un uso esasperato del canone (con conseguente autoemarginazione della Corte e atrofizzazione dell'accesso in via incidentale, visto che per i giudici era diventato preferibile avventurarsi in operazioni interpretative audaci piuttosto che incorrere nel severo giudizio di ammissibilità della Corte). La Corte, quindi, non ritorna ad una situazione di “monopolio”, non concentra nuovamente su di sé la ricerca di possibili soluzioni interpretative in grado di evitare la declaratoria di incostituzionalità (come nel periodo iniziale, in cui faceva frequente ricorso alle interpretative di rigetto)⁴⁴. D'altro canto, il canone dell'interpretazione conforme rappresenta ormai un elemento imprescindibile del bagaglio ermeneutico dei giudici, per cui non è pensabile estromettere del tutto il loro intervento nell'ambito in questione: la differenza rispetto a prima sta nel fatto che non sembra esserci più spazio per operazioni interpretative “estreme”, con la conseguenza che la declaratoria di inammissibilità della Corte colpirà solo i casi in cui il tentativo di interpretazione conforme non è stato fatto o è stato fatto in modo implausibile⁴⁵.

4. L'assetto più equilibrato conseguente al “ri-espandersi” del ruolo della Corte

Il percorso che si è sinteticamente tracciato evidenzia in modo chiaro un'evoluzione riassumibile in tre tappe:

- a) nella fase iniziale è la Corte che assume su di sé il compito di individuare, se possibile, significati normativi della disposizione impugnata conformi al dettato costituzionale: è il periodo delle sentenze interpretative di rigetto, tutto concentrato sulla Corte, che viene addirittura accusata di sconfinare nel potere interpretativo di spettanza dei giudici;
- b) con lo smaltimento dell'arretrato la ricerca dell'interpretazione conforme viene in misura gradualmente crescente affidata ai giudici, fino alla quasi totale autoemarginazione della Corte: le sentenze interpretative di rigetto cedono il posto alle (numerose) pronunce di inammissibilità per “insufficiente sforzo interpretativo”;
- c) negli anni più recenti la Corte sembra voler reagire a quell'uso esasperato dell'obbligo di tentare l'interpretazione conforme (determinato, sia chiaro, dalla stessa Corte) e pone le basi per un assetto di maggior equilibrio: i giudici rimangono tenuti ad utilizzare il canone dell'interpretazione conforme, ma solo se tale interpretazione non si pone in contrasto con la lettera della disposizione impugnata. Ai fini dell'ammissibilità è sufficiente che il tentativo sia stato fatto (e in modo non implausibile), dopodiché eventuali interpretazioni alternative potranno essere individuate dalla Corte nella fase del merito. Ciò

⁴⁴ Così R. ROMBOLI, *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit., p. 18 (anche in *Il sistema di costituzionalità tra “momenti di accentramento” e “di diffusione”*, cit., p. 6).

⁴⁵ G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, cit., pp. 308-309.

significa che si riducono in modo significativo (anche se non scompaiono del tutto) le pronunce di inammissibilità che contestano ai giudici il modo in cui hanno tentato l'interpretazione conforme e, nel contempo, riprendono piede (ma non nella misura esclusiva del periodo iniziale) le sentenze interpretative di rigetto⁴⁶.

Il nuovo orientamento della Corte mette in luce un modo di rapportarsi nei confronti dei giudici *a quibus* indubbiamente più equilibrato e anche maggiormente rispettoso delle loro competenze ermeneutiche⁴⁷ (i giudici non sono più tenuti ad “acrobazie interpretative” per non incorrere in una pronuncia di inammissibilità).

Se facciamo il confronto con la situazione di dieci anni fa, che si è presa come punto di partenza della presente analisi, si deve evidenziare che anche allora, come oggi, il rapporto tra Corte e giudici era improntato ad una sostanziale collaborazione. Benché fossero palesi tutte le esasperazioni e criticità del canone dell'interpretazione conforme, i giudici si erano dimostrati disponibili a mettere in atto strategie interpretative anche audaci per rispondere alle sollecitazioni della Corte. C'è da dire che, come si è sopra evidenziato, nel momento in cui la Corte assume nei confronti dei giudici un atteggiamento di grande rigore, pretendendo sforzi interpretativi talvolta persino eccessivi, finisce col valorizzare il loro ruolo. I giudici diventano gli artefici, sia pure sul piano meramente interpretativo, del controllo di costituzionalità. Si arriva a sottolineare che la tutela dei diritti costituzionali può talvolta essere realizzata in maniera più efficace dai giudici (che possono tener conto delle specificità del caso concreto) che non dalla Corte mediante la declaratoria di incostituzionalità⁴⁸ (anche se poi l'effetto collaterale di tale situazione è l'allontanamento della Corte dal tema dei diritti)⁴⁹. Ci sono degli elementi imprescindibili che favoriscono, anche nel diverso (e più problematico) contesto di dieci anni fa, un rapporto collaborativo tra Corte e giudici. Nonostante le “guerre” con la Corte di cassazione, indicative di una tensione che ciclicamente si ripresenta⁵⁰, l'approccio rimane collaborativo, sia perché Corte e giudici parlano lo stesso linguaggio (la Corte non è un giudice, se non *sui generis*, ma utilizza le forme della giurisdizione, quindi il linguaggio dei

⁴⁶ L'auspicio di un recupero delle sentenze interpretative di rigetto era stato esplicitamente formulato da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., p. 473.

⁴⁷ G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle “questioni di interpretazione”*, cit., p. 298.

⁴⁸ R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Riv. AIC*, 2010, p. 4. Il profilo evidenziato nel testo è stato recentemente ripreso anche da T. GROPPI *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione*, cit., p. 135.

⁴⁹ Così D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., p. 212.

⁵⁰ Sono note le vicende che hanno dato luogo alle tre “guerre” tra Corte costituzionale e Corte di cassazione (vale a dire ai tre momenti più significativi di tensione tra le due Corti): la prima relativa all'applicabilità delle garanzie difensive nell'istruttoria sommaria, la seconda scaturita in merito alla durata massima dei termini di custodia cautelare, l'ultima ipotetica, ancora in corso, determinata dalla questione concernente il controllo della Corte di cassazione sui limiti della giurisdizione (su quest'ultimo punto si rinvia a R. BIN, *È scoppiata la terza “guerra tra le Corti”? A proposito del controllo esercitato dalla Corte di Cassazione sui limiti della giurisdizione*, in *federalismi.it - paper*, n. 32, 2020, spec. pp. 8 ss.; sulle prime due vicende v. E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*, cit., pp. 85 e 116-117).

giudici è anche il suo linguaggio), sia perché la Corte ha bisogno dei giudici per esercitare la sua competenza principale (senza l'iniziativa dei giudici non si attiva il processo incidentale) e, quindi, non può permettersi di “intavolare rapporti conflittuali con la magistratura”⁵¹.

Se queste considerazioni erano valide qualche anno fa, in una situazione oggettiva (indotta dalla Corte) di utilizzo esasperato del canone di interpretazione conforme, valgono ancora di più oggi, in un assetto di maggior equilibrio. Se già allora, nonostante la presenza delle rilevate criticità, l'impressione di fondo era quella di un dialogo proficuo, adesso ci sono tutti i presupposti per un rapporto collaborativo e rispettoso delle prerogative di entrambi gli interlocutori.

Sempre con riferimento alla situazione di dieci anni fa emerge un altro elemento interessante, che si era evidenziato da un punto di vista generale (e non con specifico riferimento al canone dell'interpretazione conforme). Si metteva allora in evidenza l'esigenza, manifestata da più parti in dottrina, di una rivalutazione del vincolo testuale, al fine di evitare una sovrapposizione del piano dell'interpretazione con quello della normazione e, quindi, al fine di una più chiara demarcazione dei confini di competenza tra i diversi soggetti istituzionali⁵². Non si può non notare che l'evoluzione del canone dell'interpretazione conforme qui analizzata si è mossa proprio nella direzione auspicata da buona parte della dottrina: nel momento in cui la Corte non pretende più dai giudici interpretazioni particolarmente creative e riconosce essa stessa l'importanza di muoversi all'interno dell'ambito testuale, possiamo dire che c'è stata appunto una rivalutazione del vincolo testuale e anche una conseguente più corretta delimitazione dei confini competenziali.

5. Il rapporto con il legislatore: l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale relativa alle richieste di interventi manipolativi in assenza di rime obbligate

Ben diversa si presenta la situazione se ci spostiamo sul versante del rapporto con il legislatore, da sempre caratterizzato da tensioni e criticità⁵³. La natura conflittuale del rapporto non dipende soltanto dal fatto

⁵¹ M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio incidentale*, Cedam, Padova, 1984, pp. 271 ss.

⁵² Sulle tematiche indicate nel testo si rinvia agli A. che si erano citati nell'analisi effettuata dieci anni fa (*Uno sguardo sulla giustizia costituzionale venti anni dopo lo smaltimento dell'arretrato*, cit., pp. 299-300); v., inoltre, il contributo più recente di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., pp. 434-435. Sul punto mi sembra degna di attenzione la sottolineatura fatta da B. CARAVITA, Roma locuta, causa finita? *Spunti per un'analisi di una recente actio finium regundorum, in senso centripeto, da parte della Corte costituzionale*, Editoriale, in *federalismi.it*, n. 15, 2018, pp. 8-9, che pone l'accento su un passaggio contenuto nella decisione costituzionale conclusiva della “saga Taricco” (sentenza n. 115 del 2018, punto 12 del *Considerato in diritto*), che riafferma la prevalenza del testo scritto sull'interpretazione giurisprudenziale: di fronte a quanto disposto nel testo scritto della legge si deve provvedere con la declaratoria di incostituzionalità e non mediante l'interpretazione. È un'asserzione che conferma anche da una prospettiva più generale (nel senso di non inerente al canone dell'interpretazione conforme) un orientamento favorevole alla valorizzazione del vincolo testuale.

⁵³ D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., p. 64, ha di recente sottolineato che la crisi del legislatore, che tanto condiziona l'attività della Corte, non è una novità, ma rappresenta una peculiarità rinvenibile sin dall'inizio.

che la Corte è chiamata a giudicare il prodotto dell'attività legislativa⁵⁴, ma è probabilmente determinata anche da una sorta di indisponibilità di fondo, da parte del legislatore, a collaborare con la Corte stessa (le cui sollecitazioni, come è noto, rimangono quasi sempre inascoltate). Gli sforzi di dialogo fatti dalla Corte non hanno prodotto risultati, altrimenti non saremmo arrivati alla situazione oggi in atto.

Se, anche in questo caso, prendiamo come punto di partenza il contesto di dieci anni fa, allora si evidenziavano due diversi orientamenti: accanto a decisioni costituzionali particolarmente incisive, vale a dire dotate di un impatto politico significativo⁵⁵, erano presenti anche numerose pronunce di natura meramente processuale, spesso utilizzate con finalità dilatorie, vale a dire espressione dell'intento di "decidere di non decidere".

Esaminando il rapporto della Corte con il legislatore, cioè, si metteva in risalto questa tendenza a rifugiarsi in decisioni di inammissibilità per non affrontare questioni "scomode". Si tratta, in realtà, di un aspetto trasversale nella giurisprudenza costituzionale, che comincia ad emergere prepotentemente con lo smaltimento dell'arretrato (che, come si è visto, ha favorito il ricorso a questa tipologia decisoria preclusiva dell'esame nel merito, che permette alla Corte di decidere più rapidamente e di assumere meno responsabilità). Anche le numerose pronunce di inammissibilità che sanzionavano il tentativo di interpretazione conforme dei giudici *a quibus* esprimono lo stesso orientamento. Non siamo, quindi, di fronte ad un fenomeno connesso (soltanto) al rapporto con il legislatore. Possiamo dire che fino a qualche anno fa la Corte si rifugiava facilmente e volentieri in decisioni meramente processuali per eludere la soluzione delle questioni sottoposte al suo giudizio⁵⁶. Oggi, invece, predomina l'orientamento opposto: propenso a superare (mediante un controllo meno rigoroso) eventuali ostacoli alla decisione nel merito e, pertanto, disponibile ad esaminare e risolvere anche questioni con un forte impatto politico⁵⁷.

In entrambi gli ambiti esaminati è così ravvisabile (anche se in contesti di fondo molto diversi: più collaborativo quello dei giudici, più conflittuale quello del legislatore) la stessa tendenza evolutiva, connotata da una riduzione delle decisioni processuali ed un conseguente incremento di quelle di merito.

⁵⁴ Il profilo è stato evidenziato da A.M. NICO, *L'accesso e l'incidentalità*, in *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, cit., p. 48 (anche in *Riv. GdP*, n. 1, 2020, p. 177).

⁵⁵ In particolare si faceva allora riferimento ai conflitti sull'insindacabilità parlamentare, alle decisioni costituzionali sulla decretazione d'urgenza, alle declaratorie di incostituzionalità del lodo Macanico-Schifani (sentenza n. 24 del 2004) e del lodo Alfano (sentenza n. 262 del 2009). Si veda sempre *Uno sguardo sulla giustizia costituzionale venti anni dopo lo smaltimento dell'arretrato*, cit., p. 298 (spec. nota 16).

⁵⁶ Rimane significativo quanto sottolineato da chi ha operato dentro la Corte come giudice costituzionale (G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Einaudi, Torino, 2005, pp. 77-78 e S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 95): la via dell'inammissibilità è sempre percorribile (se la Corte non vuole entrare nel merito di una questione, può sempre rifugiarsi in una pronuncia di inammissibilità).

⁵⁷ Anche su questo punto sono illuminanti le parole del Presidente G. LATTANZI, *Relazione sull'attività svolta nel 2018*, cit., p. 7, che esprimono una valutazione critica sulle pronunce di inammissibilità utilizzate come "strumento deflattivo del contenzioso" e sottolineano, invece, il dovere della Corte di favorire il giudizio costituzionale.

Tornando al versante del rapporto con il legislatore, il profilo che interessa in questa sede (quello relativo all'allentamento del vincolo delle rime obbligate) va esaminato a partire dall'inserimento nella giurisprudenza costituzionale delle sentenze additive, la pronuncia di natura manipolativa che ha spinto il giudizio costituzionale a ridosso della sfera riservata alla discrezionalità legislativa.

Anche in questo caso, come in quello delle interpretative di rigetto per quanto concerne l'evoluzione del canone dell'interpretazione conforme, abbiamo a che fare con una tipologia decisoria introdotta dalla Corte per allargare i propri strumenti oltre l'alternativa secca tra rigetto e accoglimento. L'ipotesi da considerare in realtà è quella che per tanto tempo la Corte ha ritenuto preclusiva della possibilità di pronunciare una sentenza additiva: l'assenza di "rime obbligate". La formulazione della teoria crisafulliana delle rime obbligate si deve, come è noto, all'esigenza di giustificare le pronunce additive della Corte, che, dichiarando incostituzionale un'omissione, vanno di fatto ad introdurre ciò che manca per rendere la disposizione conforme a Costituzione. La forte prossimità delle sentenze additive con l'attività legislativa vera e propria ha reso necessaria, sin dall'inizio, la fissazione di limiti in grado di evitare uno sconfinamento nella sfera riservata alla discrezionalità legislativa. Da qui la puntualizzazione per cui la Corte può emettere una decisione di tipo additivo solo quando ricorrono le rime obbligate, vale a dire quando l'addizione da compiere consiste semplicemente nell'esplicitare quell'unica soluzione normativa in grado di rendere la disposizione compatibile con la Costituzione (in sostanza la Corte deve limitarsi ad esplicitare ciò che è già implicitamente presente nel sistema normativo)⁵⁸. Ciò significa che, nel momento in cui le possibili addizioni normative sono più di una e, quindi, si rende necessario effettuare una scelta politica, la Corte è costretta a fare un passo indietro per lasciare spazio all'intervento del legislatore. In assenza di rime obbligate solo il legislatore è legittimato ad intervenire per identificare il significato normativo da aggiungere al fine di eliminare l'incostituzionalità della disposizione oggetto della questione. In caso di richiesta di intervento additivo la mancanza di rime obbligate costringe la Corte a dichiarare la questione inammissibile per discrezionalità legislativa (risolvere la questione significherebbe invadere la sfera riservata alla discrezionalità del legislatore).

In queste pronunce di inammissibilità la Corte in genere riconosce (in maniera più o meno esplicita) la sussistenza dell'incostituzionalità, ma poi conclude affermando di essere impossibilitata a dichiararla, in quanto l'accoglimento della questione si tradurrebbe in un'invasione di campo nei confronti del legislatore. Quest'ultimo viene sollecitato ad intervenire per eliminare il problema di incostituzionalità che la Corte ha rilevato senza poterlo risolvere.

⁵⁸ Così lo stesso V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. OCCHIOCUPO, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 84.

è evidente, a questo punto, la forte anomalia in cui si viene a trovare il giudice *a quo*, che ha correttamente individuato un problema di incostituzionalità, ma ciò nonostante si è visto dichiarare la questione sollevata inammissibile. È, quindi, costretto a risolvere il giudizio utilizzando comunque la disposizione incostituzionale originariamente impugnata. Altrettanto anomala è la posizione in cui si vengono a trovare le parti del processo principale, anch'esse costrette a subire un giudizio fondato su un'incostituzionalità che la Corte non ha potuto eliminare.

Questa situazione connota il percorso evolutivo che si intende analizzare in questa sede: all'origine c'è il problema dell'inerzia del legislatore, da sempre poco propenso a rispondere alle sollecitazioni del Giudice costituzionale, da cui consegue la difficoltà in cui si vengono a trovare i giudici (e le parti), costretti ad utilizzare disposizioni incostituzionali che sono di fatto sottratte al sindacato della Corte.

Le pronunce di inammissibilità per mancanza di rime obbligate rappresentano la prima risposta della Corte al problema di evitare lo sconfinamento nell'ambito dell'attività legislativa mediante decisioni di tipo additivo. Anche in questo caso si possono identificare tre tappe successive, in cui la Corte si spinge progressivamente sempre più avanti nell'intento di risolvere l'incostituzionalità anche quando c'è il rischio di invadere la sfera della discrezionalità legislativa, preso atto della tendenza del legislatore ad eludere i ripetuti inviti ad intervenire, provenienti dalla Corte stessa.

La tappa successiva è quella delle additive di principio. La Corte va a coniare uno strumento decisorio che teoricamente le permette di salvaguardare tutte le esigenze in gioco. Innanzitutto, nonostante l'assenza di rime obbligate, viene emessa una decisione di accoglimento, quindi non viene lasciata in vita una disposizione incostituzionale, come quando la questione viene dichiarata inammissibile per discrezionalità legislativa. Da questo punto di vista, quindi, la Corte non viene meno al suo compito di espungere dall'ordinamento disposizioni incostituzionali. La peculiarità di queste decisioni risiede nel fatto che l'addizione effettuata non aggiunge una regola, ma un principio. In questo modo viene lasciato al legislatore il compito di individuare (scegliendo tra le possibili soluzioni) la regola generale e astratta (la norma) conforme al principio indicato dalla Corte. L'intervento del legislatore rimane, pertanto, indispensabile, anche se l'incostituzionalità è stata dichiarata. Nel frattempo, in attesa dell'intervento legislativo, i giudici sono messi nella condizione (non sempre sussistente, in realtà) di risolvere il caso concreto sottoposto al loro giudizio ricavando dal principio indicato dalla Corte la regola necessaria.

Le additive di principio, come si può notare, si fondano su uno schema di tipo ternario, in cui ciascuna delle tre componenti coinvolte (Corte, legislatore, giudici) può svolgere la propria funzione: la Corte dichiarando l'incostituzionalità aggiungendo un principio, il legislatore individuando la norma (generale

e astratta) conforme al principio, i giudici (in attesa dell'intervento legislativo) ricavando dal principio la regola del caso concreto necessaria per risolvere il giudizio in modo conforme alla Costituzione⁵⁹.

Il ricorso alle additive di principio sembrava in grado di risolvere i problemi connessi alle questioni che richiedono un intervento additivo in assenza di rime obbligate. Ma anche in questo caso si è ripresentato il problema dell'inerzia legislativa. La Corte non ha fatto i conti con la proverbiale tendenza non collaborativa del legislatore italiano, o meglio (probabilmente) ha pensato che potesse essere sufficiente mettere il legislatore di fronte alla declaratoria di incostituzionalità per indurlo ad un intervento tempestivo.

Le additive di principio sono così divenute un ulteriore fattore di valorizzazione del potere interpretativo dei giudici e, quindi, un ulteriore elemento di diffusione, questa volta con riferimento alla fase discendente⁶⁰. Come la lettura esasperata dell'obbligo di tentare l'interpretazione conforme ha condotto ad un ampliamento dei poteri decisionali dei giudici nella fase ascendente (quella relativa alla prospettazione della questione di legittimità costituzionale e, quindi, all'instaurazione del processo costituzionale), così il mancato intervento del legislatore di fronte ad una pronuncia additiva di principio ha di fatto ampliato lo spazio decisionale a disposizione dei giudici nella fase discendente (quella concernente il seguito e, quindi, l'attuazione delle decisioni costituzionali).

In questo modo il seguito attuativo delle additive di principio è ricaduto sulle spalle dei giudici, che hanno deciso applicando al caso concreto la regola tratta dal principio aggiunto dalla Corte. Regola, però, che non può possedere quei requisiti di generalità e astrattezza che connotano il prodotto dell'attività normativa posta in essere dal legislatore. La conseguenza ovvia che ne deriva è che casi analoghi possono essere risolti in base a regole diverse (conformi al principio indicato dalla Corte, ma non generali e astratte), con un costo in termini di certezza del diritto indubbiamente eccessivo⁶¹.

⁵⁹ È stato G. ZAGREBELSKY, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art.81, u.c., della Costituzione*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 147-148, in particolare, a indicare l'additiva di principio come tipologia decisoria che mette in risalto la distinzione dei compiti "normativi" spettanti ai tre soggetti istituzionali coinvolti. L'occasione per forgiare il nuovo strumento decisorio fu data dalle c.d. sentenze costituzionali di spesa, che si caratterizzano appunto per determinare un aggravio ingente delle spese a carico dello Stato e pongono, pertanto, conseguentemente il problema del contenimento dei costi. Sul punto v. anche, di recente, L. CASSETTI, *Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisorii nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici*, in *I giudici costituzionali e le omissioni del legislatore. Le tradizioni europee e l'esperienza latino-americana*, a cura di L. CASSETTI e A.S. BRUNO, Giappichelli, Torino, 2019, p. 13.

⁶⁰ R. ROMBOLI, *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, cit., p. 24 (anche in *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, cit., p. 11); T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell'epoca della ri-centralizzazione*, cit., pp. 134 ss.

⁶¹ G. LATTANZI, *Relazione sull'attività svolta nel 2018*, cit., p. 17, ha affermato esplicitamente che nell'ambito del diritto penale sostanziale, dove è prioritaria l'esigenza di certezza, è sconsigliato l'uso di tecniche decisorie con un minor tasso di determinatezza, come le additive di principio. È infatti nell'ambito del diritto penale sostanziale che si collocano quelle

Insomma l'utilizzo delle additive di principio ha evidenziato la presenza, accanto agli elementi positivi che le contraddistinguono, di aspetti problematici non indifferenti, che le hanno rese uno strumento recessivo⁶².

Nella giurisprudenza costituzionale più recente la Corte fa un ulteriore passo avanti, di fronte a questioni che richiedono un intervento additivo in assenza di rime obbligate. Si possono rinvenire alcune ipotesi in cui la Corte pronuncia ugualmente la sentenza additiva (o, più in generale, manipolativa), nonostante la sussistenza di una pluralità di soluzioni che implicherebbero una scelta politica da parte del legislatore, individuando “nel tessuto normativo vigente una disposizione idonea a sanare la violazione costituzionale”⁶³.

Siamo alla terza tappa del percorso seguito dalla Corte per affrontare quelle questioni che richiedono un intervento manipolativo in assenza di rime obbligate. L'atteggiamento della Corte si fa via via nel tempo sempre più incisivo. Gli strumenti decisorii introdotti e utilizzati nel corso del tempo sono riassumibili nei seguenti termini:

- a) pronuncia di inammissibilità per discrezionalità legislativa (che ha il grave limite di mantenere in vita una disposizione incostituzionale);
- b) additiva di principio (che sembra teoricamente in grado di conciliare la declaratoria di incostituzionalità con il rispetto della discrezionalità legislativa, salvo poi far emergere nella prassi applicativa problemi non irrilevanti);
- c) decisioni di incostituzionalità più recenti in cui la Corte si fa carico del compito che spetterebbe al legislatore e individua lei stessa una disciplina normativa “di supplenza”⁶⁴. Il legislatore rimane libero di intervenire in qualsiasi momento per sostituire la scelta della Corte con una propria scelta, ma nel frattempo il problema è stato risolto garantendo la vigenza di una normativa conforme alla Costituzione. Prima di riflettere sulle criticità che il più recente modo di procedere evidenzia, occorre fare alcune puntualizzazioni relative alle modalità seguite dalla Corte per emettere decisioni manipolative in assenza di rime obbligate (e, quindi, per superare in alcuni casi il vincolo delle rime obbligate).

Innanzitutto c'è un filo rosso che attraversa tutte e tre le tappe che si sono evidenziate e che rappresenta la causa giustificativa che induce la Corte a spingersi così a ridosso (per non dire all'interno) dell'attività legislativa: la tendenza del legislatore a mantenersi inerte, a non dare seguito agli inviti (talvolta pressanti)

sentenze manipolative che la Corte ha pronunciato nonostante l'assenza di rime obbligate (sul punto v. più avanti nel testo e, in particolare, le decisioni che si citano alla nota 67).

⁶² Il minore ricorso alla tecnica delle additive di principio viene collegato alla mancanza di una risposta tempestiva da parte del legislatore (e, quindi, al fallimento della funzione monitoria) da M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., pp. 645 ss.

⁶³ Così M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., p. 14.

⁶⁴ L'espressione è utilizzata da G. LATTANZI, *Relazione sull'attività svolta nel 2018*, cit., p. 17.

che gli vengono rivolti dalla Corte⁶⁵. A monte c'è, quindi, la scarsa volontà collaborativa del legislatore, che rappresenta una costante sempre presente nel rapporto con la Corte costituzionale.

Va evidenziato che i casi giurisprudenziali decisi dalla Corte senza tener conto del limite delle rime obbligate sono in genere preceduti da decisioni in cui era stato sollecitato l'intervento del legislatore. La tecnica utilizzata è spesso quella della “doppia pronuncia”⁶⁶: la Corte in un primo momento sollecita l'intervento del legislatore senza giungere alla declaratoria di incostituzionalità, poi, di fronte al protrarsi dell'inerzia legislativa, se chiamata a giudicare nuovamente sulla stessa questione, pronuncia l'incostituzionalità nonostante l'assenza di rime obbligate⁶⁷. Il punto di partenza, quindi, di regola è dato da decisioni costituzionali che sollecitano il legislatore ad esercitare il suo potere per superare l'incostituzionalità. L'inattività del legislatore induce la Corte ad intervenire, anche perché sono coinvolti diritti fondamentali, che possono essere garantiti solo eliminando l'incostituzionalità presente nell'ordinamento.

Le condizioni che portano la Corte fino al punto di indicare una delle possibili soluzioni che dovrebbero essere oggetto della scelta rimessa alla discrezionalità legislativa sono, quindi, essenzialmente due: il monito rivolto al legislatore rimasto inascoltato e la contestuale necessità di garantire e tutelare diritti fondamentali⁶⁸.

⁶⁵ R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, n. 4, 2019, p. 760, indica l'abulia del legislatore come causa prima dello sconfinamento della Corte.

⁶⁶ La tecnica della doppia pronuncia è richiamata con riferimento all'ipotesi in esame da M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, cit., p. 16.

⁶⁷ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., pp. 650 ss.; dello stesso v. anche *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. soc.*, n. 1, 2020, pp. 62 ss. Come esempi di sentenze di incostituzionalità pronunciate in assenza di rime obbligate e precedute da decisioni che contenevano pressanti inviti al legislatore possiamo indicare la sentenza n. 222 del 2018 (preceduta dalla sentenza n. 132 del 2012), la sentenza n. 40 del 2019 (preceduta dalla sentenza n. 179 del 2017), la sentenza n. 99 del 2019 (preceduta dalla sentenza n. 111 del 1996), la sentenza n. 113 del 2020 (preceduta dalla sentenza n. 235 del 1996). L'inizio del percorso di allentamento del vincolo delle rime obbligate viene, però, individuato nella sentenza n. 236 del 2016, che non è preceduta da alcun monito rivolto al legislatore (trattasi di sentenza sostitutiva, che estende la pena meno grave, prevista per il reato di sostituzione di neonato nell'art.567, 1°co., c.p., al reato di alterazione dello stato civile di un neonato nella formazione di un atto di nascita di cui al 2°co. dello stesso articolo). Sul punto v. anche D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., pp. 142 ss. Le sentenze indicate sono accomunate dal fatto di incidere, mediante l'intervento manipolativo in assenza di rime obbligate, sulla dosimetria sanzionatoria. Si distingue da tale contesto la decisione relativa al caso Cappato (sentenza n. 242 del 2019, sulla quale v. più avanti nel testo), pur essendo anch'essa una pronuncia di natura manipolativa (additiva nello specifico, in quanto circoscrive il reato di aiuto al suicidio aggiungendo una causa di non punibilità non prevista) adottata senza che ricorrano le rime obbligate.

⁶⁸ La tutela dei diritti fondamentali rappresenta ormai un filo rosso, che giustifica molte delle scelte audaci compiute dalla Corte nella giurisprudenza più recente. Si pensi, solo per fare riferimento ad uno dei casi più noti, all'*obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 269 del 2017 (solo in parte temperato dalle puntualizzazioni fatte nella giurisprudenza successiva), con cui la Corte invita i giudici a sollevare la questione di costituzionalità su una legge concernente diritti fondamentali che risulti in contrasto sia con la Costituzione sia con la CDFUE. La centralità assunta progressivamente dai diritti fondamentali nell'ambito del giudizio incidentale è stata analizzata, da una prospettiva più generale, da G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, cit., pp. 325 ss.

L'ipotesi in cui si è manifestato nella misura più estrema l'interventismo della Corte è quella relativa al caso Cappato, risolto con una decisione con un alto tasso di manipolatività. La sentenza n. 242 del 2019 contiene un dispositivo molto articolato, che non si limita ad aggiungere al reato di aiuto al suicidio (art.580 c.p.) una causa di non punibilità non prevista (coincidente con la situazione concreta da cui è scaturita la questione di costituzionalità)⁶⁹, ma puntualizza anche che l'aiuto al suicidio deve essere prestato con le modalità di cui agli artt.1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) e che le condizioni e modalità devono essere verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente; inoltre precisa che, per quanto concerne i fatti pregressi, la non punibilità è condizionata al sussistere di modalità equivalenti a quelle indicate nella sentenza. Come si può notare, l'intervento additivo (privo di rime obbligate) non ha riguardato solo la disposizione oggetto della questione (l'art.580 c.p.), ma di fatto è andato ad incidere anche sulla legge n. 219 del 2017. La Corte ha tracciato un quadro normativo molto preciso, disegnando una vera e propria disciplina normativa⁷⁰, che pone anche le condizioni per la non punibilità dei fatti anteriori alla sentenza (il riferimento è ovviamente al caso che ha dato luogo alla prospettazione della questione di legittimità costituzionale).

La Corte (nel punto 4 del *Considerato in diritto*) giustifica la propria decisione sottolineando che, decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità legislativa: se con l'annullamento secco si viene a creare un vuoto normativo lesivo di un diritto fondamentale, la Corte deve ricavare dal sistema i criteri di riempimento del vuoto anche in assenza di rime obbligate.

La sentenza in questione, come è noto, era stata preceduta dall'ordinanza n. 207 del 2018, che sollecitava l'intervento del legislatore dopo aver di fatto accertato l'incostituzionalità. L'ordinanza si concludeva (non, come in altri casi analoghi, dichiarando l'inammissibilità, ma) rinviando di quasi un anno l'udienza

⁶⁹ Perché scatti la non punibilità dell'aiuto al suicidio la persona che viene aiutata deve essere: a) affetta da una patologia irreversibile; b) sottoposta, di conseguenza, a sofferenze fisiche o psicologiche ritenute intollerabili; c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale; d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli. Sono esattamente le condizioni in cui si trovava Fabiano Antoniani, la persona aiutata a morire da Marco Cappato.

⁷⁰ È in questo tratteggiare la disciplina di una causa di non punibilità non prevista per il reato di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.) che la pronuncia in oggetto si distingue dalle altre decisioni manipolative adottate in assenza di rime obbligate, le quali si caratterizzano perlopiù per incidere sulla dosimetria della pena (sul punto v. nota 67). La sentenza n. 242 del 2019 è stata oggetto di innumerevoli commenti, molti dei quali si sono soffermati sul carattere fortemente manipolativo che la contraddistingue. V., ad es., tra i tanti, 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)*, 27 novembre 2019, in *Giustizia Insieme*; M. D'AMICO, *Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2020, pp. 293 ss.; E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziario*, in *Osservatorio AIC*, n. 1, 2020, pp. 310 ss.; P. CARETTI, *La Corte costituzionale chiude il caso Cappato ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di "fine vita"*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1, 2020, pp. 187 ss.

di trattazione per dare al legislatore il tempo di intervenire. Già allora era stato tracciato in modo netto e chiaro il percorso che poi è stato seguito nella sentenza che ha deciso nel merito: non c'era soltanto un pressante invito ad intervenire rivolto al legislatore, ma erano anche indicate in modo puntuale le modalità che il legislatore avrebbe potuto seguire per legiferare in materia. Il mancato intervento del legislatore entro il termine indicato porta la Corte a dichiarare quell'incostituzionalità che aveva già accertato.

Anche in questo caso ricorrono le due condizioni che si sono indicate prima per il superamento del limite delle rime obbligate (monito inascoltato dal legislatore e necessità di garantire un diritto fondamentale).

La Corte è intervenuta in un ambito estremamente delicato assumendo una decisione coraggiosa e audace. È stata mossa, come in tutti i casi in cui si è svincolata dalle rime obbligate, dall'intento di garantire la legalità costituzionale, quindi la sua colpa è quella di esercitare la propria funzione, in un contesto in cui non fanno altrettanto gli organi rappresentativi⁷¹. L'inerzia del legislatore ha reso la discrezionalità legislativa un limite "relativo" per la Corte⁷², costretta ad intervenire per rimediare a quelle incostituzionalità che dovrebbero essere rimosse dal legislatore.

In una sentenza come quella relativa al caso Cappato colpisce l'interventismo della Corte e, a prescindere da qualsiasi valutazione si voglia fare sulle delicate tematiche sottese alla questione risolta dalla Corte, non si può non notare la presenza di un margine di azione che può essere ampliato o ristretto a seconda dei casi. Accanto a decisioni estremamente incisive, caratterizzate dal superamento del vincolo delle rime obbligate, ve ne sono altre in cui la Corte continua a dichiarare l'inammissibilità della questione per mancanza di una soluzione univoca che consenta una pronuncia di tipo additivo (o sostitutivo)⁷³. Ciò

⁷¹ Così D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., p. 317.

⁷² M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?*, in *federalismi.it*, n.3, 2021, p. 59.

⁷³ Particolarmente interessanti sul punto le considerazioni di N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, n.3, 2021, pp. 94 ss., proprio perché provenienti da chi opera all'interno della Corte. L'A. fa l'esempio della sentenza n. 230 del 2020, che dichiara inammissibile per discrezionalità legislativa (in quanto non erano ravvisabili le rime obbligate) una questione relativa al diritto all'omogenitorialità (sulla sentenza si veda il commento di E. OLIVITO, *(Omo)genitorialità intenzionale e procreazione medicalmente assistita nella sentenza n.230 del 2020: la neutralità delle liti strategiche non paga*, in *Osservatorio AIC*, n. 2, 2021). Per ammissione dello stesso N. ZANON la Corte non ha risolto nel merito una questione che non presenta una differenza sostanziale rispetto al caso Cappato (la Corte sembrerebbe decidere a sua discrezione in quali casi superare il vincolo delle rime obbligate e in quali tenerne conto). Da parte dell'A. traspare un atteggiamento piuttosto critico nei confronti del caso Cappato: la Corte ha chiesto al legislatore di legiferare, senza considerare che questi avrebbe anche potuto decidere di non legiferare, e lo ha fatto minacciando in caso di inerzia l'adozione di una decisione di accoglimento (v. spec.92 ss.). In senso sostanzialmente analogo C. TRIPODINA, *La "circostrita area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, n. 2, 2019, p. 233, con riferimento al fatto che la Corte nella sentenza n. 242 del 2019 sollecita comunque l'intervento del legislatore ma vincolandolo a legiferare in modo conforme alla sentenza (il legislatore dovrebbe tradurre in legge quanto la Corte ha già disposto nella sua decisione, come se fosse chiamato a "riscrivere sotto dettatura le parole della Corte"). Si consideri, inoltre, che dopo la sentenza n. 230 del 2020, la Corte ha utilizzato altre volte, con riferimento a temi eticamente sensibili, l'inammissibilità per mancanza di rime obbligate. Le sentenze nn. 32 e 33 del 2021 si pronunciano su due casi che vengono dichiarati inammissibili per mancanza di una soluzione univoca (uno relativo al problema della tutela dei bambini nati all'estero da fecondazione eterologa praticata da due donne, l'altro relativo alla questione della tutela dei nati da maternità surrogata). Sulle due

significa che le diverse tecniche di giudizio si affiancano l'una all'altra, senza che quella successiva vada a sostituirsi in via definitiva a quella precedente. Non mi pare da escludere che la stessa additiva di principio possa essere ancora utilizzata (nonostante le criticità che ha messo in luce), nell'ipotesi in cui la Corte si trovasse ad affrontare casi che si prestano ad essere risolti ricorrendo a questa particolare tipologia decisoria⁷⁴.

Non si può parlare, quindi, di abbandono del limite delle rime obbligate, ma “solo” dell’inserimento nella giurisprudenza costituzionale della possibilità di travalicare quel limite se ricorrono certe condizioni (quali l’inerzia del legislatore dinanzi alle sollecitazioni della Corte e l’esigenza di garantire tutela costituzionale a diritti fondamentali)⁷⁵.

6. La natura patologica delle recenti decisioni costituzionali che allentano il vincolo delle rime obbligate

Il versante del rapporto con il legislatore impone, come è evidente, considerazioni ben diverse da quelle che si sono fatte con riferimento ai giudici. Se quest’ultimo contesto è stato sempre caratterizzato da un approccio collaborativo (quanto meno a livello tendenziale), non altrettanto può dirsi con riferimento all’atteggiamento di fondo tenuto dal legislatore (e dal potere politico in genere) nei confronti della Corte costituzionale. Nell’analisi che si è effettuata dieci anni fa si evidenziava l’assunzione da parte del potere politico di una posizione estremamente critica, addirittura aggressiva, nei confronti del Giudice delle leggi⁷⁶. Non mi pare esattamente questa la situazione attuale, nella quale prevale piuttosto un atteggiamento di indifferenza verso le sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale (anche se, va detto, oggi è tutto filtrato dalla pandemia in atto, che condiziona fortemente l’operato

pronunce si vedano le considerazioni critiche di A. RUGGERI, *La PMA alla Consulta e l’uso discrezionale della discrezionalità del legislatore*, in *Consulta Online*, n. 1, 2021, pp. 221-222. Lo stesso A., però, evidenzia che in entrambe le sentenze la Corte afferma che “ora”, “in prima battuta”, non può che lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore (v. sentenza n. 32 del 2021, punto 2.4.1.4 del *Considerato in diritto* e sentenza n. 33 del 2021, punto 5.9 del *Considerato in diritto*), lasciando intendere che, in caso di protrarsi dell’inerzia legislativa, la Corte potrebbe adottare una soluzione costituzionalmente adeguata (anche se non univoca). Ciò sembrerebbe confermare quanto evidenziato dalla dottrina con riferimento alle decisioni costituzionali che superano il vincolo delle rime obbligate: tendenzialmente la Corte si spinge nella sfera della discrezionalità legislativa solo dopo che il legislatore non ha dato seguito ai moniti che gli sono stati rivolti dalla stessa Corte.

⁷⁴ T. GROPPi, *Il ri-accentramento nell’epoca della ri-centralizzazione*, cit. p. 136, riferendosi alla diminuzione delle additive di principio, parla di “riduzione prossima all’abbandono”. Ma è capitato anche altre volte che alcune tecniche di giudizio siano state considerate sul punto di scomparire, salvo poi essere inaspettatamente riprese dalla Corte costituzionale. Mi riferisco, per es., alle sentenze additive *tuot court*, che a partire dall’inizio degli anni ottanta del secolo scorso (in concomitanza con il diffondersi delle pronunce di inammissibilità per discrezionalità legislativa) erano indicate come tipologia decisoria destinata ad un rapido declino, quando invece hanno continuato (e continuano tuttora) ad essere abbondantemente utilizzate, o alla manipolazione degli effetti temporali, che per tanto tempo è stata ritenuta una pratica in forte recessione, per poi tornare in auge con la sentenza n. 10 del 2015.

⁷⁵ V. nota 73.

⁷⁶ V. sempre *Uno sguardo sulla giustizia costituzionale venti anni dopo lo smaltimento dell’arretrato*, cit., pp. 296-297.

politico e rende difficilmente inquadrabile nella giusta prospettiva il modo in cui il legislatore si pone verso la Corte costituzionale). Un dato di fatto imprescindibile è che su questo fronte in genere un rapporto collaborativo non c'è stato: il legislatore ha assunto nei confronti della Corte un atteggiamento oscillante tra l'astio e l'indifferenza, in un contesto di fondo segnato sin dall'inizio da una situazione di crisi del legislatore stesso⁷⁷.

L'interventismo della Corte, che l'ha condotta a superare in alcuni casi il vincolo delle rime obbligate, di fronte ai moniti rimasti inascoltati dal legislatore, si presta ad essere valutato in termini ben diversi dall'interventismo che è sfociato in una valutazione meno rigida e più equilibrata del canone dell'interpretazione conforme. Se nei confronti dei giudici c'è stato, da parte della Corte, il riappropriarsi di spazi di sua competenza e, quindi, il venir meno di atteggiamenti costituzionali fin troppo elusivi, nei confronti del legislatore la Corte ha di fatto sconfinato in un ambito che non è di sua competenza⁷⁸. Questo atteggiamento trova giustificazione nella necessità di garantire la legalità costituzionale, che ad un certo punto si impone anche sullo spazio riservato alla discrezionalità legislativa (se il legislatore non si decide ad esercitarla), ma è tutt'altro che auspicabile un suo consolidamento. La stessa Corte continua ad invocare l'intervento legislativo e praticamente si fa carico del compito di tamponare situazioni che altrimenti resterebbero al di fuori della legalità costituzionale.

Non è un caso che anche chi guarda con favore alle decisioni costituzionali che hanno superato il vincolo delle rime obbligate sottolinea comunque che resta imprescindibile l'intervento legislativo e che lo sconfinamento della Corte non può assumere una valenza definitiva⁷⁹.

Su questo fronte, quindi, la posizione assunta dalla Corte ha una valenza patologica e non fisiologica, va contenuta il più possibile e presenta comunque una forte criticità, che sarà superabile solo nel momento in cui verrà meno quell'abulia con cui il legislatore si è rapportato alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale⁸⁰.

Il tema da ultimo analizzato (quello delle decisioni costituzionali adottate superando il vincolo delle rime obbligate) rappresenta, mi pare, uno di quei settori che fanno emergere il divario tra l'approccio di chi opera all'interno della Corte costituzionale (i giudici costituzionali) e quello di chi studia dall'esterno la giustizia costituzionale (la dottrina)⁸¹. Nel primo ambito vengono assunte decisioni che sono dettate anche

⁷⁷ Sul punto v. nota 53.

⁷⁸ G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccantonamento e riequilibrio del sistema*, in *federalismi.it*, n. 3, 2021, p. 11.

⁷⁹ M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, cit., p. 58, ad es., se da un lato cerca di cogliere le ragioni che hanno indotto la Corte a spingersi nell'ambito riservato alla discrezionalità legislativa, dall'altro spera in un "riposizionamento" determinato da una rinnovata acquisizione del ruolo legislativo di dare attuazione alla Costituzione.

⁸⁰ V. nota 65.

⁸¹ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale italiana*, in *Come decidono le Corti costituzionali*, cit., pp. 61 ss., ha messo in luce in modo chiaro la differenza tra le due dimensioni: quella pratica della giurisprudenza e quella teorica della dottrina.

da considerazioni inerenti al caso concreto da cui scaturiscono le questioni di costituzionalità: il giudizio costituzionale viene di fatto ad essere condizionato dalla valutazione di quelle che saranno le conseguenze concrete della decisione assunta. C'è qui una componente di concretezza che non mi pare in genere ravvisabile nell'approccio di chi analizza dall'esterno le decisioni costituzionali, che è un approccio fondato su ricostruzioni prevalentemente teoriche. Non è raro percepire nelle parole dei giudici costituzionali che provengono dal mondo accademico la consapevolezza che il punto di vista interno alla Corte non coincide con quello esterno, al punto che diventa talvolta necessario, per questi giudici, assumere posizioni diverse da quelle tenute precedentemente come studiosi del diritto⁸².

Applicando questa diversità di atteggiamento all'ultimo profilo che si è esaminato, si può forse giungere alla conclusione che i casi in cui la Corte si svincola dal limite delle rime obbligate sono determinati dalla necessità di assicurare che rapporti giuridici concreti siano regolati in modo conforme alla Costituzione, anche a costo di sconfinare nella sfera riservata alla discrezionalità legislativa, con la conseguenza però che la relativa ricostruzione teorica da parte della dottrina finisce con l'assumere una connotazione fortemente critica per il mancato rispetto dei confini delle competenze istituzionali.

Va probabilmente auspicato un punto di incontro tra i due punti di vista, in maniera tale che le critiche della dottrina sollecitino la Corte a muoversi con prudenza nell'assumere decisioni audaci e, nel contempo, l'analisi della giurisprudenza costituzionale venga effettuato dalla dottrina tenendo conto delle ragioni concrete che hanno portato la Corte ad adottare un certo tipo di pronuncia o a seguire un determinato orientamento.

Sul tema è di recente tornata anche D. TEGA, *La Corte nel contesto*, cit., pp. 85-86 e 122 ss., che vi fa riferimento (anche) in relazione all'evoluzione della teoria delle rime obbligate.

⁸² Parla esplicitamente della necessità di rivedere le convinzioni che si sono sostenute come professori, che può essere determinata dal contatto con i casi sottoposti al giudizio della Corte, G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale italiana*, cit., pp. 67-68. Viene in mente quella "polarità" tra esigenza universale di giustizia e relatività delle leggi positive, che M. CARTABIA (M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 135) indica come il principale "fattore dinamizzante dell'ordinamento". Ma l'esigenza di giustizia sottesa alle decisioni costituzionali pronunciate, in nome della legalità costituzionale, sconfinando nella discrezionalità legislativa può essere recepita nel contesto normativo solo con la collaborazione del legislatore, che rimane pertanto un fattore imprescindibile...