



Rivista N°: 2/2025
DATA PUBBLICAZIONE: 01/04/2025

AUTORE: Sara Lieto*

L'ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE COME PROBLEMA COMPLESSO

UNCONSTITUTIONALITY AS A COMPLEX PROBLEM

Sommario: 1. La garanzia della rigidità costituzionale come scopo delle istituzioni repubblicane - 2. Il ruolo del Capo dello Stato (nella forma del veto sospensivo e dei messaggi) - 3. Il ruolo della Corte costituzionale (nella forma delle decisioni) - 4. Il ruolo delle Camere e dei Consigli regionali (nelle forme costituzionali) - 5. Il ruolo dei giudici (nella forma dei precedenti) - 6. La soluzione integrata - 7. La soluzione progressiva - 8. Adattamenti e riconfigurazioni postume del contesto normativo e sociale: qualche spunto in coda

1. La garanzia della rigidità costituzionale come scopo delle istituzioni repubblicane

La grande novità rappresentata dalle Costituzioni a partire dalla seconda metà del secolo scorso è la loro rigidità, anche se già tale carattere era emerso nella Costituzione americana, con la previsione di una procedura di revisione, e parzialmente nella Costituzione giacobina del 1793, per poi assumere assoluta centralità nei processi costituenti a partire dal secondo dopoguerra¹.

Si tratta, come è noto, di un elemento che segna definitivamente il passaggio al concetto di legalità costituzionale, introducendo nel sistema delle fonti un ordine nuovo, improntato alla supremazia gerarchica dei testi costituzionali e dei precetti in essi contenuti.

La superiorità delle Costituzioni era stata, infatti, fino a quel momento, di ordine essenzialmente politico, essendo le stesse (più precisamente gli statuti) fonti non dotate di strumenti

* Professoressa Associata in Diritto costituzionale e pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

¹ Sulla causa della rigidità e sul suo fondamento da ricondurre alla superiorità delle costituzioni e non al loro procedimento di revisione si v. A. Pace, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova, 2002, nella prospettiva teorica di rielaborazione della tesi J. Bryce, *Flexible and rigid Constitutions*, in *Studies in History and Jurisprudence*, I, Clarendon Press, Oxford, 1901, pp. 1145 ss.; in tal senso anche S. Bartole, *Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Utet, Torino, 1989, pp. 298 ss.

giuridici in grado, concretamente, di far valere tale superiorità rispetto alla fonte legislativa. Anche se orientamenti in tal senso si erano già riscontrati in passato, come ad esempio nella legge costituzionale del 1876 dell'Impero austro ungarico, dove si parla di rigidità e di Corte costituzionale, ma soprattutto nella Costituzione di Weimar del 1919, dove all'art. 76 era prescritto che le modificazioni dovessero avvenire in via legislativa, con il raggiungimento però di uno speciale quorum; ed anche nella Costituzione austriaca del 1919, dove era stato accolto il modello elaborato da Kelsen fondato sulle garanzie delle procedure di revisione costituzionale e di annullamento degli atti incostituzionali affidate ad uno speciale Tribunale, che – come è noto –, sotto il profilo della separazione dei poteri e della sovranità del Parlamento, innescò la notissima polemica tra Kelsen² e Schmitt³.

La rigidità diviene un elemento essenziale delle Costituzioni liberal-democratiche conferendo ad esse un limite alla loro modificabilità ad opera del legislatore, sia ordinario che costituzionale. A loro garanzia i testi prevedono nuovi strumenti giuridici di salvaguardia, ovvero i procedimenti di revisione e soprattutto le Corti costituzionali⁴.

Nella fattispecie, gli organi di giustizia costituzionale assumono un ruolo fondamentale nel controllo di costituzionalità della legislazione, sia essa ordinaria che di rango super primario, attraverso modelli diversificati. In particolare, nei sistemi di *civil law* tale controllo viene sostanzialmente affidato ad uno specifico organo, una corte, un tribunale, la cui funzione si compie a partire da diversi sistemi di attivazione; mentre in quelli di *common law* esso viene effettuato dai giudici comuni. In questo modo si scardina il principio illuminista della onnipotenza della legge e del Parlamento, che si collocava in un perimetro di prevalenza della politica sul diritto.

Sulla base di un approccio meramente classificatorio, le Corti costituzionali sarebbero gli organi di garanzia deputati a garantire e, nel caso, a ripristinare la legalità costituzionale violata dal legislatore, essendo loro specifico compito quello di offrire un'adeguata tenuta della rigidità costituzionale. Se osservata secondo un approccio meno formalistico, in realtà la rigidità costituzionale è una prerogativa delle Costituzioni che rimanda ad un piano di responsabilità che va ben oltre la Corte costituzionale.

Se si prende, ad esempio, il nostro testo costituzionale, esso non rivela espressamente tale peculiare sua caratteristica che, tuttavia, si desume dall'impianto complessivo che i Padri

² H. Kelsen, *Chi dev'essere il custode della Costituzione?* (1930), trad. it., in Id., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, «se deve essere introdotto un istituto che permetta di controllare la conformità alla costituzione di taluni atti statali – in particolare, del parlamento e del governo – ad essa immediatamente subordinati, tale controllo non può essere affidato allo stesso organo i cui atti sono da controllare. La funzione politica della costituzione è quella di porre limiti giuridici all'esercizio del potere e garanzia della costituzione significa certezza che questi limiti non saranno oltrepassati», pp. 231 ss.

³ C. Schmitt, *Il custode della Costituzione* (1931), trad. it., Giuffrè, Milano, 1981, pp. 12 ss., il quale – come è noto – fu in costante polemica col normativismo di Kelsen, sostenendo che la sovranità si fonda invece su una decisione politica. La sua elaborazione teorica, a partire dallo stato di eccezione, caratterizzato dall'assenza di norme, identifica il sovrano in chi nello stato di eccezione riesce ad imporre la propria decisione, instaurando un ordine e dunque dando origine ad un ordinamento giuridico. Il decisionismo è un atto storicamente determinato, posto in essere da una unità complessa e articolata quale può essere un popolo.

⁴ Cfr. diffusamente G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Giuffrè, Milano, 1981.

costituenti intesero dare al nuovo ordine politico che si andava a definire, e cioè un testo che ne fissasse i principi e i precetti fondamentali non lasciandoli alla mercè della mutevolezza delle maggioranze parlamentari e, più in generale, allo scontro tra diritto e politica, anche in considerazione di dove la politica aveva portato gli Stati con l'avvento dei regimi autoritari.

Che la rigidità sia una questione di esclusiva spettanza delle Corti costituzionali è, dunque, una semplificazione. La rigidità, infatti, è una condizione che deve essere garantita da tutte le istituzioni democratiche e compatibilmente alle esigenze di mutamento che caratterizzano i contesti sociali con il passare del tempo. Essa non è un dogma di immodificabilità assoluta dei testi costituzionali, ma un limite alla loro modificazione, a meno che – naturalmente – non intervengano fattori sociali e politici che stravolgano completamente l'ordine politico, andando a ridefinire la costituzione materiale che è alla base di quella formale⁵. A quel punto, la questione non riguarda più l'ordine costituito, ed il suo ripristino, ma un suo superamento verso la definizione di uno completamente nuovo.

La rigidità è un elemento caratterizzante le costituzioni democratiche ma, allo stesso tempo, è un elemento strutturale degli ordinamenti giuridici che ad esse si conformano. Essa, pertanto, non investe soltanto i testi costituzionali, ma orienta gli ordinamenti giuridici nel loro sviluppo e nella loro definizione, in tutte le forme di produzione del diritto che essi contemplano. La garanzia della rigidità, in altre parole, intesa come conservazione e tutela dei fondamenti dell'impianto costituzionale, è il carattere distintivo dell'ordine costituito, ma è anche l'obiettivo che costantemente tutte le pubbliche istituzioni devono perseguire, a servizio dell'ordine democratico e per la realizzazione di un progetto democratico, e non semplicemente un modo di autoconservazione del testo.

Se la rigidità viene compromessa, ovvero se vengono lesi gli elementi posti alla base di tale ordine, due possono essere le alternative, o il sistema riesce attraverso gli strumenti di cui si è dotato a ripristinare quanto violato, oppure, in caso contrario, si assisterà ad un nuovo processo costituente che andrà a definire un altro assetto costituzionale, nel quale potrebbe essere messa in discussione la stessa rigidità, che non è una caratteristica naturale delle costituzioni, ma sempre il frutto di una volontà politica.

Come rimedio estremo alla violazione della rigidità costituzionale si pone naturalmente la Corte costituzionale che è l'organo a ciò deputato per scelta politica; ma la rigidità è qualcosa che andrebbe non solo ripristinata – se lesa attraverso la violazione della legalità costituzionale - ma preservata. E in ogni caso, anche in ipotesi di violazione, l'illegittimità costituzionale che ne deriva non può quasi mai essere considerata un problema risolvibile dalla sola Corte costituzionale, che ha certamente un ruolo centrale nell'ordine costituito che la contempla, ma non esclusivo.

Preservare la Costituzione e la sua rigidità non è un compito che riguarda un solo organo costituzionale ma li coinvolge tutti, dal Presidente della Repubblica, ai giudici, alle dinamiche maggioranza/opposizione in Parlamento.

La Corte costituzionale giudica sulla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza e valore di legge, ma prima ancora le leggi andrebbero concepite in termini di

⁵ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1998.

coerenza ed armonia con il dettato costituzionale, così come i giudici nell'applicare quelle leggi dovrebbero disporsi a fornire delle stesse una interpretazione quanto più possibile conforme a Costituzione.

Vi è, dunque, un compito di armonizzazione, a monte, che investe tutti gli organi costituzionali, soprattutto il Parlamento, sia pure nell'ambito delle loro specifiche competenze, deputandoli all'osservanza e al rispetto della Costituzione, ma ve ne può essere uno anche a valle, quando la Corte ha sancito l'incostituzionalità di una legge, perché, il più delle volte, non basta una declaratoria di annullamento per risolvere concretamente il problema di incostituzionalità.

Tanto premesso, al fine di perimetrare i contorni della presente riflessione, si tenterà di affrontare il tema dell'incostituzionalità come *problema complesso* che non può essere considerato di esclusiva spettanza delle Corti costituzionali ma implica il coinvolgimento anche degli altri organi costituzionali. L'illegittimità costituzionale è, dunque, un problema la cui risoluzione dovrebbe provenire da una pluralità di decisori che dovrebbero intervenire in modalità cooperativa, al fine di attutire i contraccolpi sull'ordinamento giuridico dopo una declaratoria di incostituzionalità, che spesso lascia tracce o vuoti che la Corte costituzionale non è sempre in grado, da sola, di evitare o di colmare.

Se tutti gli organi costituzionali hanno il compito di operare nel rispetto e in una prospettiva conservativa dell'ordine costituito, quando la violazione di tale ordine si compie altrettanto sinergicamente devono disporsi al ripristino della legalità costituzionale. Ciò vuol dire non solo *eliminare* una norma incostituzionale, ma anche affrontare le conseguenze che tale *vulnus* ha prodotto nell'ordinamento giuridico nel suo complesso.

Si tratta, nella maggior parte dei casi, di un risultato non immediato, che richiede impegno da parte di tutti i poteri, attraverso fasi successive di riadattamento dell'assetto giuridico nel tempo.

L'illegittimità costituzionale è un fenomeno patologico, è qualcosa di equiparabile ad una malattia che investe l'ordinamento giuridico e che, come tutte le malattie, non basta – il più delle volte - per guarire che ne sia eliminata la causa. Essa, tuttavia, non è semplicemente un errore del sistema ma è anche espressione di una volontà politica legittima, che esercita il suo potere in maniera consapevole.

È necessario, quindi, che si avvii un processo di guarigione, che si ristabilizzi una serie di parametri compromessi dalla presenza dell'illegittimità. E, in ogni caso, l'elemento di incostituzionalità, pur annullato parzialmente o del tutto, continuerà a svolgere una funzione di monito e di correttivo per evitare di realizzare, in futuro, gli stessi atti illegittimi, cioè di riprodurre la stessa incostituzionalità.

Gli ordinamenti giuridici sono entità vive, non dispositivi formali e asettici che si riconfigurano nel loro stato originario semplicemente rimuovendo le cause della loro alterazione.

Essi producono conseguenze profonde nei contesti sociali e nelle dinamiche relazionali, incidendo sui diritti e i doveri dei singoli e sui loro rapporti con le istituzioni⁶.

Immaginare, pertanto, che un problema di incostituzionalità venga rimosso e il sistema ordinamentale nel suo complesso possa ridefinirsi automaticamente nella sua condizione iniziale, significherebbe pensare che in realtà gli ordinamenti giuridici esistano al di là delle relazioni umane e che possano ristabilire un equilibrio al loro interno semplicemente aggiungendo o rimuovendo pezzi. Ciò non è possibile, in quanto il nesso che lega la vita sociale ai rispettivi sistemi giuridici è in realtà indissolubile, non esistono mutamenti o trasformazioni nell'una o negli altri che non abbiano, per entrambi, reciproche ripercussioni e profondi condizionamenti⁷.

Come il mutamento della società e delle sue istanze produce una reazione negli ordinamenti giuridici, che ad essi cercano di far fronte con delle risposte (anche se non sempre sufficientemente adeguate), altrettanto va detto a proposito degli ordinamenti nelle loro trasformazioni⁸. Il punto è, tuttavia, che tali trasformazioni possono essere di differente natura; ci sono infatti fenomeni di trasformazione fisiologici, che si compiono attraverso il susseguirsi di norme diverse nel tempo, per rispondere alle nuove esigenze di una società che muta, e ci sono fenomeni patologici che richiedono altri tipi di intervento e che determinano, successivamente alla loro rimozione, percorsi di ricomponimento e di ridefinizione degli ordinamenti che non sono affatto automatici né scontati, ma che necessitano della compartecipazione di più soggettività che si dispongano, ognuna nel proprio ambito di competenza, a fornire i contributi necessari a sanare definitivamente quella patologia.

Un'ultima notazione, per meglio definire il quadro delle riflessioni che si andranno a sviluppare in questa sede, va fatta sul concetto di complessità con cui si è voluto fin da subito

⁶ A riguardo, si rivela fondamentale il concetto di costituzione materiale, che è qualcosa che sta alla base della costituzione formale. Essa esprime gli obiettivi politici e le regole che informano la convivenza in un determinato contesto e in un determinato periodo storico quale espressione delle forze politiche prevalenti. In altre parole, la costituzione materiale è qualcosa che sfugge alla costituzione formale, in quanto pur essendo la base su cui quest'ultima si fonda, a differenza di questa è un dato mutevole. Essa, infatti, è espressione delle forze politiche dominanti e pertanto, in quanto tale, è instabile perché gli equilibri di forza possono da un momento all'altro cambiare. Mentre la costituzione formale è espressione di una esigenza di stabilità, quella materiale è espressione del potenziale mutamento. Naturalmente la dicotomia stabilità/mutamento deve trovare delle forme di conciliazione. Innanzitutto, va detto che la stabilità – perché le costituzioni sono fatte per durare – non va confusa con immodificabilità, altrimenti le costituzioni si porrebbero al di fuori della storia rivelandosi come del tutto anacronistiche e insensibili ai mutamenti della società. Sono fatte però anche per durare, almeno nei loro contenuti essenziali, al fine di garantire un sistema di regole di convivenza certo. Inoltre, anche nella stabilità del testo esse, in ogni caso, attraverso l'azione interpretativa vivono esprimendo nel tempo, a seconda delle esigenze, le potenzialità in loro insite, espressione della capacità proiettiva e delle pluralità di senso che i Costituenti sono stati spesso capaci di imprimere alle disposizioni costituzionali. Per tutti, cfr. diffusamente C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano, 1998.

⁷ Sull'esigenza di collegare l'analisi giuridica alle trasformazioni politiche, storiche e culturali per comprendere la vera dinamica del diritto costituzionale, si v. diffusamente G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Editori Laterza, Roma – Bari, ristampa, 2024.

⁸ A riguardo, si v., in generale, S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), 2a ed., Sansoni, Firenze, 1946, in quanto, pur trattandosi di un testo che riflette la crisi dello Stato liberale interpretata come crisi della legalità, rappresenta tutt'ora una fondamentale opera di teoria generale, utile per comprendere le molte trasformazioni che interessano il diritto nell'epoca della globalizzazione, in quanto riflessione aperta ai cambiamenti della società e libera dalla rigidità concettuale del dogmatismo.

caratterizzare il tema dell'illegittimità costituzionale⁹. Si tratta, infatti, di un concetto problematico per diversi ordini di fattori, tra cui almeno due di particolare rilievo in questa sede; il primo rimanda alla circostanza di una realtà sociale dove l'obiettivo di una convivenza equilibrata e pacifica è reso – soprattutto in questa fase storica - più difficile per ragioni molteplici che rendono qualsiasi tema del vivere civile talmente ricco di sfaccettature e criticità da richiedere soluzioni tendenzialmente più impegnative da elaborare. Il secondo attiene all'ordine di produzione delle norme giuridiche che mette in connessione centri plurimi di potere non sempre adeguatamente legittimati sul piano democratico, per non parlare delle interazioni tra gli ordinamenti e le Corti nazionali e sovranazionali, che contribuiscono ad aumentare la complessità dell'illegittimità costituzionale e a renderne più difficile il suo inquadramento, tenuto conto che ai parametri interni di giudizio si aggiungono molto spesso quelli provenienti da altre sedi decisionali.

Molti altri naturalmente sono i risvolti riconducibili alla complessità che però, in questo solco di riflessione, eccederebbero di gran lunga i confini entro i quali si intende fornire una specifica chiave di lettura del fenomeno dell'illegittimità costituzionale, che intende focalizzarsi sui principali attori coinvolti dichiaratamente sul fronte della sua risoluzione e sui loro stessi limiti funzionali a raggiungere l'obiettivo, se non in una prospettiva di intervento sinergica e coordinata, che li veda agire simultaneamente e con il medesimo impegno per scongiurare la lesione o, nel caso ciò avvenga, riconfigurare la legalità costituzionale violata.

Si tratta evidentemente della Corte costituzionale, delle Camere e dei Consigli regionali, del Capo dello Stato e dei giudici comuni, tutti indistintamente coinvolti nel compito di salvaguardare la garanzia della rigidità della Costituzione e orientare l'ordinamento giuridico verso un costante rispecchiamento nell'ordine costituito. Si tratta, volendo utilizzare una metafora, di un "gioco di squadra" necessario per garantire la legalità costituzionale. Nessun sistema giuridico può, infatti, sopravvivere nella sua identità originaria se non supportato adeguatamente da tutti i principali decisori pubblici, ma anche da soggetti ad essi esterni come i partiti politici o istituzioni appartenenti ad altri ordini giuridici; ciascuno, nel proprio ambito di competenze, deve infatti poter agire per il perseguimento del risultato della sua conservazione ma anche in un'ottica di suo progressivo adeguamento ai cambiamenti, senza però mai riconoscere quello che è l'impianto costituzionale originario, ovvero quell'insieme di principi iniziali ed ultimi che perimetrano il nostro sistema fondativo.

2. Il ruolo del Capo dello Stato (nella forma del veto sospensivo e dei messaggi)

I meccanismi predisposti dalla Costituzione per intercettare i problemi di incostituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza e valore di legge sono molteplici, anche se non sempre esplicitamente rivolti alla soluzione di questo tipo di problema. Tra i compiti assegnati al

⁹ Sul concetto di complessità e in particolare su quello di società complesse, in riferimento alle società industriali avanzate, espressioni della modernità, e sulle difficoltà del potere politico che vede diminuire le sue capacità di controllo, si v. almeno G. Pasquino (a cura di), *Le società complesse*, il Mulino, Bologna, 1983; ed inoltre D. Zolo, *Complessità e democrazia*, Giappichelli, Torino, 1987; V. De Angelis, *La logica della complessità*, Giuffrè, Milano, 1996.

Presidente della Repubblica ce ne sono naturalmente moltissimi finalizzati ad evitare o arginare l'illegittimità costituzionale. Trattandosi, infatti, di un organo di garanzia, tutte le funzioni che gli sono proprie sono in realtà orientate al mantenimento dell'ordine costituzionale nel suo complesso. Nella specifica prospettiva della risoluzione dei problemi di incostituzionalità, se ne evidenziano in questa sede almeno due, uno di carattere formale, il veto sospensivo¹⁰, e l'altro, i messaggi - alcuni di natura anch'essa formale, altri invece informali, con connotazioni dunque meno rigorose che ne consentono un uso piuttosto diversificato - espressione del più generale potere di esternazione del Presidente della Repubblica¹¹.

Per quanto riguarda il veto sospensivo, come è noto, si tratta di uno specifico atto presidenziale che si colloca nell'ambito dell'iter legislativo, nella fase della promulgazione. Esso si comprende alla luce di una impostazione costituzionale generale nella distribuzione dei poteri basata sulle interferenze funzionali, ovvero sull'esigenza avvertita in fase costituente di mettere ciascun potere nelle condizioni di avere reciprocamente un ruolo nell'ambito delle funzioni che sono prerogative di altri poteri. Tale impostazione si inquadra alla luce dell'evidenza per cui il mantenimento di un equilibrio tra i poteri si stabilizza solo attraverso un reciproco controllo per evitare derive di eccessiva concentrazione. Naturalmente, si tratta di un sistema che mette ciascun potere - proprio in virtù del controllo - nelle condizioni di esercitare *con misura* le proprie funzioni senza abusarne e senza sconfinare in competenze altrui. Allo stesso tempo, tuttavia, esso riflette una dinamica non agevole da governare, non essendo sempre netti i confini entro i quali l'interferenza ha una sua legittima giustificazione e, soprattutto, fin dove la stessa possa spingersi senza causare problemi di incostituzionalità. L'interferenza, infatti, può, allo stesso tempo, essere decisiva per scongiurarli, ma anche eccessiva e dunque provarli. Inoltre, non sempre essa è in grado di impedire l'illegittimità costituzionale, limitandosi magari al mero monito senza ulteriori conseguenze. Ad ogni modo, circa il ruolo che questi strumenti assumono nella prospettiva integrata di risoluzione dei problemi di incostituzionalità, - come si diceva - di particolare interesse è l'istituto del veto sospensivo. Si tratta della prerogativa presidenziale, all'atto della promulgazione, di rinviare il testo alle Camere, con messaggio motivato, rappresentando ad esse dei dubbi di costituzionalità. È uno strumento di controllo astratto - in parte equiparabile a quello svolto dal *Conseil constitutionnel* - che il Presidente della Repubblica può utilizzare in una fase dell'iter legis con finalità di rilevare eventuali profili di incostituzionalità¹². Inoltre, va evidenziato che il contenuto del messaggio, oltre che riguardare profili di illegittimità costituzionale, può anche riflettere dubbi di opportunità costituzionale, nel senso che il testo di legge potrebbe anche rappresentare una causa di

¹⁰ Per un inquadramento generale dell'istituto, si v. S. M. Cicconetti, *Promulgazione e pubblicazione delle leggi*, in Enc. del diritto, XXXVII, Giuffrè, Milano, 1981.

¹¹ In riferimento, e per un'analisi complessiva, si v. M. C. Grisolia, *Potere di messaggio ed esternazioni presidenziali*, Giuffrè, Milano, 1986; ed anche M. Dogliani, *Il «potere di esternazione» del Presidente della Repubblica*, in M. Luciani, M. Volpi (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, il Mulino, Bologna, 1997.

¹² L'art. 74 Cost., infatti, stabilisce che il Presidente della Repubblica possa, prima di promulgare una legge, chiedere alle Camere una nuova deliberazione. Lo fa, in questo caso, con messaggio motivato nel quale spiega le ragioni che lo hanno indotto a sollecitare da parte dell'organo rappresentativo una ulteriore verifica della legge. Naturalmente, anche nel caso del Presidente della Repubblica, si pone il limite di non invadere la sfera della discrezionalità politica, dovendo la sua valutazione limitarsi alla sola legittimità dell'atto rispetto alla Costituzione e alle conseguenze di ordine costituzionale che ne deriverebbero dalla sua applicazione.

turbativa nel normale funzionamento del sistema costituzionale, non integrando necessariamente una ipotesi di incostituzionalità evidente o manifesta¹³. Attraverso l'istituto del rinvio, le Camere sono, dunque, messe nelle condizioni di rimediare a monte eventuali problemi di incostituzionalità in un'ottica di sinergico esercizio delle funzioni da parte di più organi. Naturalmente tale strumento ha un limite, nel senso che le Camere possono decidere di riapprovare esattamente quello stesso testo; a quel punto il Presidente della Repubblica non potrà che procedere alla promulgazione, a meno che si tratti di una ipotesi di evidente e grave pregiudizio per l'ordine costituito che comporta da parte dell'organo di garanzia – anche se l'ipotesi non è espressamente formalizzata – di impedirne la promulgazione, anche al fine di scongiurare che egli stesso possa incorrere in ipotesi di grave responsabilità per alto tradimento e attentato alla Costituzione¹⁴. Al di là di casi limite, il rinvio, anche se seguito dall'approvazione del medesimo testo da parte delle Camere, può costituire, in prospettiva, un importante argomento su cui fare leva per sollevare questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale¹⁵. Il veto sospensivo può rappresentare, infatti, un solido precedente per attivare un'altra forma di controllo di costituzionalità per la risoluzione definitiva del problema.

Di particolare interesse, riguardo a questo specifico strumento di controllo, è la totale assenza di qualsiasi onere giustificativo a carico delle Camere nel riapprovare esattamente lo stesso testo, senza dare conto, attraverso una adeguata motivazione, delle ragioni che le hanno indotte a non accogliere i rilievi presidenziali.

Sembrirebbe trattarsi del retaggio di una certa visione della sovranità popolare, secondo cui l'Assemblea rappresentativa che ne è espressione assume un ruolo che tendenzialmente si sottrae al giudizio di qualsiasi altra autorità che non sia quella popolare, riconducendo sostanzialmente il discorso sempre al rapporto tra politica e diritto.

Del resto, furono esattamente queste le ragioni che giustificarono nei processi costituenti del secondo dopoguerra una certa resistenza, da parte soprattutto di alcuni esponenti della cultura social comunista e liberale, all'introduzione delle Corti costituzionali, per la difficoltà a giustificare che la legge, massima espressione del Parlamento e dunque della sovranità popolare, potesse a sua volta essere giudicata da organi privi di legittimazione democratica.

¹³ In un senso interpretativo restrittivo dell'art. 74 Cost., relativo al rinvio delle leggi in alternativa alla promulgazione, va ricordata la c.d. *esternazione berlinese* del Presidente Ciampi che nel 2003, in occasione della inaugurazione a Berlino della nuova sede dell'Ambasciata italiana, rispondendo alla domanda di una studentessa, delusa dalla rapidissima firma della legge 20 giugno 2003, n. 140, che sottraeva il Presidente Berlusconi alle azioni giudiziarie in corso nei suoi confronti, egli individua nella «incostituzionalità manifesta» l'unica causa giustificatrice del rinvio delle leggi, ponendo così un limite alla discrezionalità del Presidente della Repubblica.

¹⁴ S. M. Cicconetti, *Promulgazione e pubblicazione delle leggi*, cit., p. 105, il quale evidenzia che «il Presidente della Repubblica è tenuto a non promulgare leggi che, per il loro contenuto globale o parziale, configurino gli estremi dell'alto tradimento o dell'attentato alla Costituzione». In questo senso anche F. Modugno, *Legge (vizi della)*, in Enc. del diritto, XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 1022; sempre sul tema, si v. anche M. Manetti, *Capo dello Stato*, in Enc. del diritto, Annali X, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 146 ss.; E. Bettinelli, *Ruolo di garanzia effettiva del Presidente della Repubblica (in un sistema politico che deraglia ...)*, in AA. VV., *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 21, 2010, pp. 30 ss.; quanto, in particolare, alle dichiarazioni del Capo dello Stato che consistano in un invito esplicito al Parlamento e al Governo a risolvere le criticità contenute nell'atto legislativo promulgato, si v. C. De Fiore, *Il rinvio delle leggi tra principio maggioritario e unità nazionale*, in *Rivista di Diritto costituzionale*, 2002, pp. 216 ss.

¹⁵ Sul tema si veda diffusamente D. Casanova, *Il rinvio presidenziale delle leggi nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Nomos*, 1, 2021.

L'altra tipologia di atti presidenziali presa in considerazione in questa sede è quella dei messaggi. Come è noto il messaggio presidenziale può avere una duplice natura. Si può trattare di un messaggio formale, necessariamente controfirmato ex art. 89 Cost¹⁶. In questa categoria ricadono i messaggi alle Camere ex art. 87 Cost., come ad esempio quello prima richiamato a proposito del veto sospensivo. Dai messaggi formali vanno tenuti distinti quelli informali, che possono avere come destinatari una pluralità indistinta di soggetti (la pubblica opinione in senso ampio), con contenuti riguardanti gli argomenti più vari e non soggetti a controfirma¹⁷.

Quanto ai messaggi formali essi, riconducibili in ogni caso al più ampio potere di esternazione del Capo dello Stato, sono rivolti alle Camere. Essi possono costituire un efficace strumento del Presidente per interloquire con il Parlamento e manifestare la sua personale visione su temi di varia natura, non essendoci in tal senso alcun vincolo di contenuto. I messaggi hanno, dunque, la funzione di realizzare forme di controllo, di proposta o anche di denuncia di violazioni costituzionali, prestandosi ad una vasta gamma di utilizzazione.

Non meno incisivi, soprattutto in un'epoca di semplificazione delle forme della comunicazione istituzionale, risultano i messaggi informali. Anche in questo caso i loro contenuti possono essere di vario genere pur integrando comunque, nella loro sostanza, significati particolarmente importanti riconducibili a tematiche di evidente rilievo costituzionale. Si tratta di uno strumento interessante che si presta ad essere utilizzato in maniera più flessibile, senza vincoli formali, e che risulta più idoneo ad un contesto comunicativo in cui le distanze tra la società e i centri di potere si sono, per certi versi, drasticamente ridotti. Una vera e propria rivoluzione ha infatti investito i contesti sociali contemporanei per via del crescente sviluppo della tecnologia che, da un certo momento in poi, ha contribuito a rendere i sistemi di comunicazione più rapidi e diretti. Tale rivoluzione ha riguardato – come si diceva – anche le istituzioni pubbliche che si sono progressivamente adeguate, predisponendo piattaforme e siti istituzionali per stare a più stretto contatto con i cittadini. Nel caso del Presidente della Repubblica, il ricorso al messaggio informale si è verificato negli ultimi tempi con una certa frequenza. Sono note in particolare le più recenti esternazioni del Presidente della Repubblica attraverso i comunicati stampa pubblicati sul sito del Quirinale su temi diversi connessi ad alcuni eventi, che hanno

¹⁶ A riguardo, si segnala che la Commissione Affari costituzionali del Senato ha approvato un emendamento (Sen. Marcello Pera, FdI) al disegno di legge costituzionale sul c.d. Premierato riguardo alle ipotesi di non responsabilità politica del Presidente della Repubblica. L'attuale articolo 89 Cost. stabilisce, infatti, che «nessun atto del Presidente della Repubblica è valido se non è controfirmato dai ministri proponenti, che ne assumono la responsabilità»; secondo questo emendamento, invece, la controfirma del governo sarebbe esclusa per alcuni atti presidenziali, in particolare: «La nomina del Presidente del Consiglio, la nomina dei giudici della Corte Costituzionale, il decreto di scioglimento delle Camere, salvo che lo scioglimento non costituisca atto dovuto, la concessione della grazia e la commutazione delle pene, il decreto di indizione delle elezioni e dei referendum, i messaggi al Parlamento e il rinvio delle leggi alle Camere».

¹⁷ A riguardo si v. M. Dogliani, *Il 'potere di esternazione' del Presidente della Repubblica*, in M. Luciani, M. Volpi (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, cit., il quale osserva: «questo complesso di attività informali volte ad influenzare un processo politico suscettibile di portare alla formazione di un atto controfirmabile, o ad influenzare il comportamento di altri organi costituzionali al di fuori dell'ambito dei poteri riconosciuti al Presidente corrisponde...all'attività di indirizzo politico», pp. 238 ss.; sui rapporti informali come «conseguente allo svolgimento di quel compito di assistenza, che si estrinseca nell'assunzione di informazione "minutissima", e poi nel controllo consultivo, nella vigilanza...», si v. G. Motzo, *Messaggio*, in Enc. del diritto, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 146 ss.

suscitato particolare preoccupazione, come ad esempio il caso della manifestazione studentesca a Firenze e Pisa contro il genocidio in Palestina, repressa mediante l'uso improprio della forza da parte della polizia. Molti altri esempi potrebbero essere fatti proprio in relazione alla Presidenza Mattarella, ma non si tratta di un caso isolato, essendo tale tendenza riscontrabile anche in presidenze precedenti e comunque a partire dal più generale processo di adeguamento – come effetto della globalizzazione – dei sistemi di comunicazione istituzionale a strumenti alternativi più idonei ad arrivare al grande pubblico e a sollecitare, in generale, un più diretto confronto su temi di particolare risonanza¹⁸. Tra i contenuti veicolati attraverso i messaggi informali si collocano naturalmente anche i problemi di incostituzionalità, sia pure in una forma più edulcorata e attenuata. Essi, in altre parole, possono svolgere un importante ruolo di stimolo e di monito ad affrontare determinate questioni nelle sedi opportune e ad integrare anche un valido strumento di rappresentazione dei cambiamenti e delle nuove istanze della società. Il compito di garanzia del Presidente si concretizza, infatti, anche in un'attività di osservazione della vita del Paese che gli consente di assumere dati e informazioni utili per avere una più realistica percezione della realtà sociale e delle sue aspettative. Il messaggio, in questo senso, traduce queste informazioni, mettendole in relazione con il sistema ordinamentale, per rilevarne consonanze e discrasie e per fornire nuove letture dei fenomeni sociali, in una visione più costituzionalmente orientata. Il messaggio è quindi lo strumento attraverso il quale, non solo si effettuano denunce relative a problemi di incostituzionalità, ma si veicolano anche contenuti per stimolare su specifiche questioni gli altri poteri nello svolgimento delle proprie funzioni. In questo senso, esso si rivela un mezzo potente quanto più conserva il suo carattere informale perché, pur non essendo dotato di strumenti che lo possano giuridicamente rendere vincolante, esso si inquadra come anello di congiunzione tra le istituzioni e l'opinione pubblica. Quest'ultima, attraverso il messaggio del Presidente, che osserva e vigila sulla realtà sociale, esprime contenuti ineludibili di cui le forze politiche non possono non tenere conto, soprattutto in un'ottica di conservazione del consenso.

Sul ruolo del Presidente della Repubblica, persistono in ogni caso alcune criticità più difficili da risolvere. Il riferimento è, in particolare, all'abuso della decretazione d'urgenza, che mette duramente sotto tensione la legalità costituzionale¹⁹, anche attraverso il ricorso sempre

¹⁸ Per un ampio approfondimento del dibattito sul tema, si veda P. Costanzo, P. Magarò, L. Trucco, *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Atti del Convegno di Genova del Gruppo di Pisa – 18-19 giugno 2021, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021; T. Groppi, *Giurisdizioni costituzionali e opinione pubblica nella rivoluzione digitale. Dalla comunicazione delle decisioni alla promozione della cultura costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 1, 2023, pp. 73 ss.; D. Chinni (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019; G. D'Amico, *Comunicazione e persuasione a palazzo della Consulta: i comunicati stampa e le «voci di dentro» tra tradizione e innovazione*, in *Diritto e società*, 2, 2018, pp. 252 ss.; I. Spadaro, *Comunicazione politica e democrazia digitale*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 1, 2020; E. Albanesi, A. Valastro, R. Zaccaria, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Giuffrè, Milano, 2023; M. C. Girardi, *Libertà e limiti della comunicazione nello spazio pubblico digitale*, in *Federalismi.it*, 17, 2024.

¹⁹ Cfr. diffusamente A. Predieri, *Il Governo legislatore*, in F. Cazzola, A. Predieri, G. Priulla (a cura di), *Il decreto-legge fra Governo e Parlamento*, Giuffrè, Milano, 1975; G. F. Ciaurro, *Decreto-legge*, in *Enc. giur.*, X, Treccani, Roma, 1988, pp. 9 ss.; S. Staiano, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC*, 2, 2020; A. Celotto, *L'«abuso» del decreto-legge. Profili teorici, evoluzione storica e analisi morfologica*, Cedam, Padova, 1997; A. Simoncini (a cura di), *L'emergenza infinita. La decretazione di urgenza in Italia*, Macerata, 2004; M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzarella (a cura di), *Gli atti normativi del Governo*

più frequente ai decreti-legge omnibus e ai decreti-legge quali norme di interpretazione autentica. Nel panorama complessivo della produzione normativa, il decreto-legge – come è noto – ha acquisito, soprattutto in tempi recenti, un ruolo assolutamente centrale, contravvenendo spesso ai presupposti costituzionali su cui si fonda. L'illegittimità costituzionale veicolata dal decreto-legge risulta, in generale, molto più complessa, almeno per tre ordini di ragioni. La prima è che tale illegittimità può essere duplice, nel senso che, contestualmente, si può ravvisare sia in termini di contenuto che di procedimento (anche se non si tratta di una specificità del solo decreto-legge), allorché il decreto non solo innova illegittimamente, ma lo fa anche sulla base di una carenza assoluta dei presupposti della straordinarietà e dell'urgenza.

La seconda è che, in via preventiva, il sistema di controllo del decreto-legge è più debole²⁰. Infatti, come nel caso della legge e della sua promulgazione, il Capo dello Stato ha una sua precipua funzione che è quella di emanare i decreti aventi valore di legge e i regolamenti. A differenza però della legge in sede di promulgazione che può essere rinviata alle Camere per una seconda deliberazione, nel caso del decreto-legge non è contemplata tale possibilità. Quindi, qualora il Presidente ravvisi profili di incostituzionalità nel contenuto del decreto o semplicemente riscontri la carenza della straordinarietà e dell'urgenza per la sua emanazione la soluzione più realisticamente percorribile (anche se non andrebbe esclusa una interlocuzione più informale con il Governo per risolvere in via preventiva una eventuale criticità dell'atto) è quella di rifiutarsi di firmare, anche per evitare di incorrere esso stesso in ipotesi di violazione della Costituzione²¹. In via successiva, un ruolo di controllo potrebbe essere svolto, sia dal Parlamento che, di nuovo, dal Presidente della Repubblica, con la legge di conversione²². Dopo l'emanazione e la pubblicazione del decreto, infatti, il Governo deve, secondo quanto stabilisce il comma 2 dell'art. 77, presentarlo il giorno stesso alle Camere per la conversione, la quale avviene con legge, adottata, a parte talune peculiarità, con il normale procedimento. Come per ogni disegno di legge, anche per quello di conversione di un decreto-legge la presentazione alle Camere deve essere autorizzata dal Presidente della Repubblica, pur se il

tra Corte costituzionale e giudici. Atti del convegno annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa», Giappichelli, Torino, 2011; U. Ronga, *La delega legislativa. Recente rendimento del modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, in particolare pp. 75 ss.

²⁰ A. Pizzorusso, *I controlli sul decreto-legge in rapporto al problema della forma di governo*, in *Pol. dir.*, 1981, pp. 301 ss.

²¹ Sull'estensione di tale potere si v. E. Stradella, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla decretazione d'urgenza: fondamenti e prassi alla prova della crisi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2016, la quale osserva: «D'altra parte, la facoltà del Presidente di rifiutare l'emanazione in via definitiva non soltanto non pare incompatibile con l'attuale disposto costituzionale, ma a parere di alcuni si trasforma in un vero obbligo posto in capo al Capo dello Stato quando il decreto non soltanto risulti del tutto carente dei presupposti di cui all'art. 77, Cost., ma il suo contenuto sia idoneo a ledere i diritti fondamentali tutelati nella Parte I della Costituzione», p. 11; in questo senso anche V. Onida, *Il controllo del Presidente della Repubblica sulla costituzionalità dei decreti-legge*, in *www.astrid-online*, febbraio 2009; infine, per un inquadramento del tema si v. diffusamente D. Chinni, *Decretazione d'urgenza e poteri del Presidente della Repubblica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; inoltre, sull'abuso della decretazione d'urgenza, si v. la lettera del Presidente della Repubblica, Sergio Mattarella, relativa alla legge di conversione del decreto-legge del 29 dicembre 2022 n. 198, recante "Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi", inviata contestualmente al Presidente del Senato della Repubblica, Ignazio La Russa, al Presidente della Camera dei Deputati, Lorenzo Fontana, e al Presidente del Consiglio dei Ministri, Giorgia Meloni, in cui ne evidenzia i molteplici profili di criticità, in *www.quirinale.it*.

²² Cfr. almeno G. Pitruzzella, *La legge di conversione del decreto-legge*, Cedam, Padova, 1989; F. Vari, *La conversione del decreto-legge*, Bardi editore, Roma, 2003.

carattere obbligatorio di questo adempimento rende del tutto formale il controllo del Capo dello Stato.

La terza è che la Corte costituzionale, tendenzialmente, non ha il tempo sufficiente per intervenire, preferendo, nel caso, trasferire il controllo sulla legge di conversione. Si tratta di una ipotesi anche più realistica, tenuto conto della modalità di attivazione del controllo di costituzionalità che è rimessa ai giudici, i quali potrebbero anche riuscire nei tempi a sollevare una questione di legittimità costituzionale sul decreto che poi – con molta probabilità – sarà trasferita sulla legge di conversione, a meno che la stessa non abbia sanato proprio i profili di incostituzionalità originariamente evidenziati²³.

3. Il ruolo della Corte costituzionale (nella forma delle decisioni)

Come già sottolineato, il compito principale nella risoluzione dei casi di illegittimità costituzionale spetta al Giudice delle leggi, attraverso l'attivazione di un meccanismo di controllo finalizzato a ricomporre il contrasto e a ripristinare la legalità costituzionale. Lo strumento di azione della Corte costituzionale è rappresentato dall'eterogeneo novero di decisioni che, a partire dall'inammissibilità, l'accoglimento e il rigetto, essa ha elaborato nel corso della sua attività. Settore molto studiato della giustizia costituzionale, le decisioni sono state dalla dottrina classificate (e lo sono tutt'ora, essendo la tendenza creativa della Corte in crescita) secondo modelli utili ad un loro inquadramento sistematico²⁴. Esse, nel loro complesso, rivelano una esigenza molto rapidamente avvertita dalla Corte costituzionale fin dagli inizi del suo funzionamento e cioè di andare oltre gli schemi dell'accoglimento e del rigetto, potendo tutt'al più essi rappresentare dei modelli di base da cui partire ma che, nella loro struttura minima, non

²³ A riguardo diffusamente A. Concaro, *Il sindacato di costituzionalità sul decreto-legge*, Giuffrè, Milano, 2000; va comunque rilevato che la Corte costituzionale tende a non sindacare anche su eventuali disomogeneità eccessive della legge di conversione rispetto all'oggetto del decreto-legge, anche se si registrano decisioni in senso contrario (cfr., ad esempio, sent. n. 245 del 2022 in cui la Corte rileva: «Per costante giurisprudenza di questa Corte, la legge di conversione deve avere un contenuto omogeneo a quello del decreto-legge, poiché l'art. 77, secondo comma, Cost. stabilisce un nesso di interrelazione funzionale tra il decreto-legge, che è adottato dal Governo in casi straordinari di necessità e urgenza, e la legge di conversione, che è caratterizzata da un procedimento di approvazione peculiare rispetto a quello ordinario (sentenza n. 22 del 2012). Poiché la legge di conversione riveste i caratteri di una fonte "funzionalizzata e specializzata" o "a competenza tipica" (*ex plurimis*, sentenza n. 32 del 2014), il decreto-legge è quindi a emendabilità limitata, essendone consentita la modifica, in sede di conversione, soltanto attraverso disposizioni che siano ricollegabili, dal punto di vista materiale o da quello finalistico (*ex plurimis*, sentenza n. 8 del 2022), a quelle in esso originariamente contemplate. La legge di conversione, in altre parole, non può aprirsi a qualsiasi contenuto ulteriore, "essenzialmente per evitare che il relativo iter procedimentale semplificato, previsto dai regolamenti parlamentari, possa essere sfruttato per scopi estranei a quelli che giustificano il decreto-legge, a detrimento delle ordinarie dinamiche di confronto parlamentare" (sentenza n. 226 del 2019)»; nella medesima decisione, tuttavia, la Corte rileva anche quanto segue: «La giurisprudenza di questa Corte ha altresì precisato che la violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost. si verifica solo quando le disposizioni aggiunte in sede di conversione siano totalmente "estrane" o addirittura "intruse", cioè tali da interrompere ogni correlazione tra il decreto-legge e la legge di conversione (sentenza n. 251 del 2014), rimarcando che solo la palese estraneità delle norme impugnate rispetto all'oggetto e alle finalità del decreto-legge (sentenza n. 22 del 2012), oppure la "evidente o manifesta mancanza di ogni nesso di interrelazione tra le disposizioni incorporate nella legge di conversione e quelle dell'originario decreto-legge" (sentenza n. 154 del 2015), possono inficiare di per sé la legittimità costituzionale della norma introdotta con la legge di conversione (sentenze n. 247 e n. 226 del 2019)»).

²⁴ In generale, sulle c.d. decisioni manipolative della Corte costituzionale, si v. A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 192 ss.

avrebbero potuto soddisfare (almeno non del tutto) l'esigenza di ricomporre il sistema ordinamentale rispetto ai parametri costituzionali violati. Il carattere molto spesso complesso delle ipotesi di illegittimità costituzionale ha, dunque, spinto la Corte a *manipolare* questi due schemi di decisione, definendo tipologie decisorie *ad hoc* che potessero adattarsi meglio alla risoluzione di specifici problemi di incostituzionalità. Non è questa la sede per ripercorrere la vasta gamma di sentenze messe a punto dalla Corte costituzionale e sistematizzate dalla dottrina attraverso una operazione di classificazione ad elevato livello di definizione, in quanto il focus della presente riflessione si incentra soprattutto sul principio della separazione dei poteri e, nella fattispecie, sul rapporto tra legislatore e Corte costituzionale.

Si tratta di un rapporto complesso e dai confini spesso sfuggenti che ruota attorno al concetto di funzione legislativa e più in generale a quella di produzione del diritto. È noto, infatti, che la Corte costituzionale può esporsi con le sue decisioni al punto da essere ritenuta un organo con una funzione non solo di garanzia ma anche para legislativa. Non a caso, tema centrale negli studi di giustizia costituzionale è appunto quello del limite entro il quale l'attività della Corte può spingersi senza invadere la sfera di discrezionalità politica della funzione legislativa²⁵, soprattutto in relazione ai nuovi diritti, e cadere nella dinamica del neo costituzionalismo, ovvero quell'indirizzo filosofico che, a differenza del costituzionalismo tradizionale – che si concentra prevalentemente sul rapporto tra costituzione e potere politico – si orienta verso la relazione tra diritto e morale, conferendo ai principi e ai valori costituzionali un ruolo fondamentale nell'ambito degli ordinamenti giuridici²⁶.

Si tratta evidentemente di un argomento alquanto problematico che si colloca, più in generale, nell'ambito del sistema di produzione del diritto che, in un tipo di ordinamento come il nostro, dovrebbe essere, in teoria, prerogativa degli organi politici e non di quelli di garanzia, né, più in generale, di quelli di matrice giurisprudenziale. Si tratta, tuttavia, di una schematizzazione che trova giustificazione esclusivamente sul piano teorico, rifacendosi in particolare ad una idea risalente che vuole il giudice mero applicatore della legge. Ma tale visione di fatto è concretamente superata e, probabilmente, non ha mai avuto un fondamento, essendo l'opera del giudice stata sempre caratterizzata da un certo grado di creatività interpretativa.

²⁵ Questione molto critica e dibattuta, sulla quale c'è una dottrina molto ampia; in ogni caso, si v. tra gli altri E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, il Mulino, Bologna, 1996; A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1986, pp. 798 ss.; e più recentemente M. Ruotolo, *Corte costituzionale e legislatore*, in Diritto e Società, 1, 2020, pp. 72 ss.

²⁶ Per un inquadramento complessivo del tema si vedano almeno L. Ferrajoli, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in Giur. cost., 3, 2010, pp. 2771 ss.; e più recentemente Id., *Il futuro del Costituzionalismo*, in Costituzionalismo.it, 2, 2022, il quale osserva, a proposito della domanda «come il Costituzionalismo moderno può sopravvivere?» (in riferimento a G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* Edizioni Laterza, Roma-Bari, 2013 e a Id. (a cura di), *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?* Editoriale Scientifica, Napoli, 2022): «lo credo che la risposta razionale a tale domanda è che questa possibilità è una sola: l'espansione del paradigma costituzionale oltre lo Stato, al livello dei poteri globali dal cui esercizio sregolato provengono oggi le principali aggressioni ai beni comuni e ai diritti fondamentali proclamati in tante carte costituzionali e internazionali. Il costituzionalismo, in breve, può sopravvivere solo se si porta all'altezza dei poteri selvaggi, politici ed economici, che ha il compito di limitare a garanzia della pace, dell'uguaglianza, della difesa e della salvaguardia della natura e dei diritti fondamentali di tutti», p. 185; G. Bongiovanni, *Neocostituzionalismo*, in Enc. del dir., Annali III, 2011; G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2008; P. Comanducci, *Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione metateorica*, in T. Mazzaresse (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 71 ss.

Senza voler dunque semplificare eccessivamente, può ragionevolmente affermarsi che la produzione del diritto si è progressivamente assestata su presupposti variabili e comunque identificabili secondo schemi plurali ed eterogenei che vedono la giurisprudenza ricoprire una posizione sempre più centrale, sia a livello statale che sovranazionale.

Che, dunque, i giudici abbiano un ruolo nella produzione del diritto è un dato non controvertibile, nonostante residui il totem della discrezionalità politica e del dovere da parte delle altre istituzioni di rispettarla. Tuttavia, tale deroga al modello politico di produzione legislativa assume una sua giustificazione nel caso di carenze o vuoti di tutela in relazione ai nuovi diritti emergenti; si giustifica meno, invece, nel caso si tenti di modificare per via giurisprudenziale discipline comunque vigenti²⁷.

Molti sono stati i meccanismi attivati per arginare impropri sconfinamenti, nella consapevolezza comunque della loro inevitabilità, resasi ancora più evidente e forse necessaria a fronte dell'inerzia del formante politico. A riguardo, il limite al controllo è sancito dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953 che esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento. Si tratta di una disposizione che si pone al centro del discorso sui margini entro i quali il giudizio di legittimità costituzionale, avente ad oggetto una legge o un atto avente forza di legge, può spingersi senza intaccare la sfera di competenza del legislatore, e che naturalmente si presta ad essere molto discussa a livello teorico, non essendo tracciabile astrattamente un limite certo che garantisca il rispetto della separazione dei poteri nella sua effettività²⁸.

Un altro argomento di particolare rilievo, posto a sostegno del rispetto della discrezionalità legislativa, si ricava dalla elaborazione della dottrina delle c.d. rime obbligate²⁹, che ha rappresentato la sponda teorica per l'elaborazione di alcune tipologie decisorie della Corte costituzionale. Senza entrare nel dettaglio delle classificazioni, quel che va rilevato è la circostanza che la c.d. creatività della Corte è una attitudine che può (e deve) potersi esprimere nella risoluzione dei problemi di incostituzionalità restando comunque ancorata al dato normativo esistente, anche se con il tempo questo vincolo è risultato sempre più sfumato e la Corte ha mutato prospettiva. Resta tuttavia condivisibile il suo presupposto teorico secondo il quale qualunque manipolazione venga attuata attraverso le decisioni, essa debba muoversi all'interno del perimetro ordinamentale senza sconfinare in operazioni che innovino l'ordinamento. Si tratta di un principio che informa soprattutto le tipologie decisorie di tipo manipolativo – in particolare le additive e le sostitutive - elaborate nel tempo dalla giurisprudenza costituzionale

²⁷ In tal senso, si v. recentemente M. Ruotolo, *La Costituzione in azione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, in particolare pp. 61 ss.

²⁸ Sul tema si veda di recente S. Stevanato, *Le origini dell'articolo 28 della legge n. 87 del 1953. Il retroterra della Costituente, il dibattito durante l'approvazione della legge sulla Corte e le "aspettative" nei primi commenti della dottrina*, in G. Grasso, A. Stevanato (a cura di), *I settanta anni della legge n. 87 del 1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale*, Atti del Convegno di Como 26 e 27 maggio 2023, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, pp. 593 ss.

²⁹ V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1707 ss.; S. Bartole, *Introduzione*, in AA.VV., *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Atti delle giornate di studio di Trieste, 1-2 ottobre 1993, Cedam, 1994, pp. 15 ss. Sul ridimensionamento della teoria delle c.d. rime obbligate v. G. Repetto, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Consulta online*, 3 febbraio 2020, 1 ss.

e che segna il confine entro il quale l'azione della Corte resta legittima, disponendo di elementi normativi esistenti per poter compiere sostituzioni, addizioni, etc. al fine di ricomporre il dato normativo in termini di compatibilità costituzionale. L'ambito della discrezionalità legislativa e del suo margine di rispetto da parte della Corte può, da una diversa prospettiva, essere anche attenuato nel caso in cui si registri una carenza di responsabilità del legislatore nei confronti delle aspettative dei cittadini su questioni ritenute particolarmente urgenti³⁰. Tale carenza, nell'ottica integrata, potrebbe dunque giustificare una espansione dell'intervento della Corte ben oltre il limite della discrezionalità legislativa. Si tratta, in ogni caso, di un passaggio delicato, che va compreso sempre alla luce del rapporto tra politica e diritto. Mentre, infatti, la bussola del Parlamento è prevalentemente la politica, quella della Corte costituzionale è il diritto o meglio la politica del diritto – che pone il diritto in connessione con un più ampio spettro sociale, culturale e politico -, che ne giustifica l'aumento della discrezionalità innovativa.

Tuttavia, resta la criticità di alcune ipotesi di intervento che sono quelle affrontate dalla Corte costituzionale con le c.d. sentenze additive, funzionali a colmare i vuoti normativi dovuti alle omissioni del legislatore³¹. Tipologia decisoria particolarmente interessante, ai fini del presente discorso, essa si definisce nell'ambito di un perimetro che dovrebbe – almeno in teoria – mettere a riparo la Corte dal rischio di innovare l'ordinamento giuridico, entrando in rotta di collisione con il potere legislativo, in quanto l'elemento normativo che viene aggiunto non dovrebbe essere prodotto dalla Corte ma individuato dalla stessa nell'ambito dell'ordinamento giuridico (c.d. rime obbligate), estrapolato dallo stesso e quindi posto a completamento della norma.

Posta in questi termini, la questione sembra pacifica ma, come è noto, essa ha rappresentato e rappresenta il fulcro delle più importanti riflessioni teoriche sulla giustizia costituzionale, costituendo essenzialmente la chiave di volta nella conservazione dell'equilibrio tra poteri. Che la Corte costituzionale nell'addizione possa sempre e solo esprimere contenuti già esistenti nel sistema ordinamentale è naturalmente questione molto discutibile. Essa infatti – come qualunque operatore giuridico – non può prescindere dalla dimensione interpretativa che si colloca immediatamente a ridosso alla fase conoscitiva dell'ordinamento giuridico. Quest'ultima rappresenta il momento iniziale e imprescindibile di individuazione delle norme esistenti, al quale tuttavia segue necessariamente quello interpretativo che, il più delle volte, si compie in una prospettiva di adeguamento del senso della norma all'addizione che si intende compiere. In altre parole, quasi mai la semplice ricognizione offre immediatamente la soluzione idonea, dovendo invece più di frequente il dato normativo essere "adeguato", per via interpretativa, al fine di andare a completare il vuoto incostituzionale. Si tratta, dunque, di una

³⁰ S. Catalano, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, in Osservatorio AIC, 2, 2020, pp. 288 ss.; A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in www.giustiziainsieme.it, 2019, pp. 3 ss.

³¹ Su questa tipologia specifica di decisione e i suoi caratteri essenziali, si v. C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1970, pp. 153 ss.; F. Modugno, P. Carnevale, *Sentenze additive, «soluzione costituzionalmente obbligata» e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del «verso» della richiesta addizione*, in *Giur. cost.*, I, 1990, pp. 519 ss.; C. Lavagna, *Sulle sentenze additive della Corte costituzionale*, in *AA.VV., Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, II, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 11131 ss.

operazione, che può rivelarsi innovativa, in quanto rende necessario che la norma originariamente individuata venga comunque sottoposta ad un adeguamento tale da farla somigliare a qualcosa di diverso dal suo significato originario.

Un altro tipo di operazione realizzato dalla Corte costituzionale è quello di ricorrere al monito verso il legislatore. Anche in questo caso abbiamo assistito, nel corso del tempo, alla elaborazione di una varietà di decisioni, tutte sostanzialmente improntate al dialogo con il formante politico per risolvere i problemi di incostituzionalità senza invaderne tendenzialmente la sfera di competenza³².

Sempre più spesso tale monito ha assunto connotazioni più strutturate, non limitandosi ad un semplice invito ad intervenire. In alcune ipotesi, la Corte si esprime, infatti, in termini di incostituzionalità della norma ma ne differisce la declaratoria per mettere il legislatore nelle condizioni di operare in proprio. In questo caso, essa si assume una responsabilità rilevante in quanto, pur esprimendosi in termini di incostituzionalità, ne rimanda il rimedio, lasciando che la norma protragga la sua vigenza nonostante l'evidente *vulnus* che produce. La tendenza con cui la Corte ha sviluppato questi tipi di decisioni si è poi ulteriormente evoluta fino a concepire le sentenze monito come delle vere e proprie leggi cornice che offrono nella sostanza al Legislatore le coordinate essenziali entro le quali intervenire.

Anche in questo caso si ripropone il tema del limite del ruolo della Corte costituzionale rispetto alla discrezionalità del potere legislativo, tenuto conto che, attraverso la fissazione dei principi cardine della disciplina, la Corte traccia un solco e una direzione molto vincolanti per il Legislatore, limitando, di fatto, il suo margine di scelta. Essa, in altre parole, non si limita a colmare i vuoti, ma a definire un indirizzo costituzionale proprio, che astrattamente potrebbe rivelarsi in contrasto con l'indirizzo politico espresso dal Governo.

Molti altri esempi, a partire dalle specifiche tipologie di decisione che la Corte costituzionale ha elaborato nel corso della sua giurisprudenza, potrebbero essere richiamati per riproporre il risalente dibattito sulla sua funzione para-legislativa e sulle difficoltà a tracciare dei contorni più definiti e chiari al fine di salvaguardare gli ambiti di competenza degli organi costituzionali. Il punto è che da un assetto di interferenze funzionali assolutamente insito nella distribuzione dei poteri si è passati ad un assetto con evidenze diverse, contrassegnato da più nette sovrapposizioni funzionali tra organi.

Che la Corte costituzionale con le sue decisioni produca diritto - che non si limita alla definizione di nuovi principi ma si estende talvolta anche a regole e procedure di dettaglio, con un impatto sia a livello ordinamentale interno che europeo ed internazionale - è un dato

³² A riguardo si v. recentemente P. Carnevale, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale e legislatore rappresentativo*, in *Nomos – Le attualità del diritto*, 3, 2023, il quale osserva «Ad irrompere fragorosamente sul fronte dei rapporti fra Corte e legislatore nella più recente stagione della giurisprudenza costituzionale è infatti intervenuto il ricorso alla nuova tecnica decisoria “bifasica” imperniata sull'intreccio fra una prima decisione processuale di rinvio della trattazione della causa a data predeterminata – riccamente abbigliata delle vesti del (diffusamente argomentato) preannuncio d'incostituzionalità – cui far seguire, se del caso, una seconda decisione nel merito, chiamata a dar seguito a quel preannuncio all'atto della scadenza del termine fissato. L'espressione se del caso si deve qui al fatto che a giustificare la scelta del rinvio della trattazione della questione è la chiara individuazione del “solutore ottimale” del problema di costituzionalità sottoposto all'attenzione del giudice costituzionale nel legislatore rappresentativo, il quale è fortemente invitato ad intervenire nell'arco temporale fra la prima e la seconda pronuncia», p. 24.

piuttosto evidente, che può essere ridimensionato solo ed esclusivamente nella misura in cui il potere legislativo riassuma in pieno la sua funzione. Quanto più lo stesso è recessivo tanto più le esigenze della società dovranno essere soddisfatte attraverso altri canali di decisione. A quel punto non può più sorprendere che un organo di garanzia come la Corte costituzionale “sconfini” su un terreno non di sua precipua spettanza. Il sistema costituzionale di garanzie dei diritti e delle libertà fondamentali deve pur sempre operare e, nel caso, attivare modalità vicarie che possano, all’occorrenza, sopperire alle lacune e alle omissioni da parte di taluni organi.

In ciò sta, evidentemente, il segreto della tenuta dell’architettura costituzionale, concepita in modo tale da poter garantire un adeguato livello di tutela anche in caso di carenze funzionali da parte di alcuni poteri. Laddove non interviene il legislatore, si adopera il giudice fino alla Corte costituzionale, che collocandosi in chiusura del sistema ordinamentale si dispone con le sue decisioni a recepire quanto proviene dalla giurisprudenza comune e a ristabilire, di conseguenza, l’ordine costituito. Essa, in altre parole, si fa interprete del cambiamento e della complessità del contesto sociale, intercettando innanzitutto le nuove istanze di tutela che la società rivolge ai giudici comuni ed intervenendo talvolta fino al punto di “sostituirsi” al Legislatore nel nome di una finalità che sembra andare addirittura oltre il rispetto delle diverse sfere di competenza dei poteri.

Dinanzi all’inerzia legislativa, pertanto, la Corte costituzionale non sembra poter esitare nello spingersi anche oltre il limite della discrezionalità politica, laddove “arrendersi” ad essa starebbe a significare, in alcuni casi, denegare giustizia. A ciò si aggiunga un rilievo che attiene alla gerarchia delle fonti. L’art. 28, prima richiamato, è infatti contenuto in una legge di rango primario. Non è questa propriamente la sede per affrontare il discorso relativo al sistema delle fonti in materia di giustizia costituzionale³³. Valga, tuttavia, ricordare che esso si articola su diversi livelli gerarchici e si contraddistingue per un elevato grado di eterogeneità, compresa una cospicua componente proveniente dalla stessa capacità di autoproduzione normativa della Corte costituzionale, sia attraverso le sue decisioni, sia mediante l’esercizio della potestà regolamentare. Nel caso della norma richiamata – l’art. 28 – come si diceva, essa è formalmente una fonte di rango primario anche se - come è stato rilevato dalla dottrina³⁴ - presenterebbe delle connotazioni tali da essere attratta nell’orbita delle fonti di rango super primario. Resta, tuttavia, il dato formale che la colloca a livello primario che potrebbe, in teoria, giustificare una deroga, a favore di quell’insieme di norme di rango costituzionale poste a presidio della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, che si attiverebbe quando il formante politico resta inerte.

Infine, che il rapporto tra Corte costituzionale e società civile si sia, soprattutto negli ultimi anni, intensificato è cosa evidente, se solo si voglia tener conto dell’evoluzione del sistema di comunicazione che si è profondamente rinnovato garantendo maggiori possibilità di accesso alle informazioni relative alle decisioni e, più in generale, alle molteplici attività e

³³ A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 37 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 37 ss.; A. Cerri, *Giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp.31 ss.;

³⁴ Sul tema si veda recentemente G. L. Conti, *La legge n. 87 del 1953 nel sistema delle fonti*, in G. Grasso, A. Stevanato (a cura di), *I settanta anni della legge n. 87 del 1953: l’occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale*, cit., pp. 10 ss.

iniziative dell'organo di garanzia³⁵. Tale nuovo assetto rivela una esigenza nuova e cioè quella di instaurare un legame più stretto con la società per dare risposte più dirette e per fornire ad essa adeguate indicazioni sulla tutela dei diritti. In altre parole, sembra che la Corte costituzionale si sia progressivamente disposta a rendersi più conoscibile e accessibile attraverso nuovi canali di ascolto dei bisogni sociali, che la politica lascia inevasi, per dare ad essi delle risposte. Si pensi, a questo proposito al comunicato stampa, ormai molto diffuso, reso dalla Corte costituzionale per ogni decisione, non solo per quelle più importanti (sia sul proprio sito che su altri canali di comunicazione attraverso *stories* che riportano i passaggi più significativi della decisione).

4. Il ruolo delle Camere e dei Consigli regionali (nelle forme costituzionali)

Nell'ambito del nostro sistema di giustizia costituzionale, la principale modalità di attivazione del controllo avviene per via incidentale da parte di un giudice nel corso di un giudizio. A questo proposito, l'art. 23 della legge n. 87 del 1953, comma 4, prevede: «L'autorità giurisdizionale ordina che a cura della cancelleria l'ordinanza di trasmissione degli atti alla Corte costituzionale sia notificata, quando non ne sia data lettura nel pubblico dibattimento, alle parti in causa e al pubblico ministero quando il suo intervento sia obbligatorio, nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri od al Presidente della Giunta regionale a seconda che sia in questione una legge o un atto avente forza di legge dello Stato o di una Regione. L'ordinanza viene comunicata dal cancelliere anche ai Presidenti delle due camere del Parlamento o al Presidente del Consiglio regionale interessato».

L'art. 136 Cost., al comma 2, prevede: «La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere e ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengono necessario, provvedano nelle forme costituzionali».

Le due disposizioni richiamate, l'una di rango ordinario, l'altra di rango costituzionale, rappresentano l'alfa e l'omega entro cui si definisce il ruolo delle Assemblee legislative nella risoluzione dei problemi di incostituzionalità³⁶. Pur avendo entrambe come destinatari Camere e Consigli regionali, esse intervengono in due fasi diverse dell'iter di controllo di costituzionalità, una preventiva e l'altra successiva alla declaratoria di incostituzionalità.

Il sistema notiziale contemplato dall'art. 23 sembra voler conferire alle Assemblee rappresentative un ruolo nel ripristino della legalità costituzionale, in quanto prima ancora che la Corte costituzionale entri nel merito della questione, esse avrebbero la possibilità di intervenire anticipatamente per la sua risoluzione³⁷. Tale rilievo sembra porsi a sostegno di una visione

³⁵ A riguardo sia consentito rinviare a S. Lieto, *Processo e partecipazione nel controllo di costituzionalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.

³⁶ A riguardo, G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, pp. 217 ss. e pp. 261 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp.110 ss.

³⁷ Anche se va sottolineato che l'eventuale intervento del legislatore non necessariamente eviterebbe la declaratoria di incostituzionalità. Nel caso di *ius superveniens*, la restituzione degli atti al giudice a quo lo mette nelle condizioni di riconsiderare la rilevanza della questione di legittimità costituzionale. Tuttavia, egli potrebbe in ogni caso rilevare l'incidenza delle disposizioni sopravvenute, desumendone la rilevanza e dunque proporre una nuova questione di legittimità costituzionale.

integrata del problema di incostituzionalità che investe innanzitutto gli organi rappresentativi e solo in seconda battuta la Corte costituzionale. Certo, sollevare questione di legittimità costituzionale rappresenta un passaggio indispensabile per sollecitare un intervento legislativo che possa, prima del giudizio della Corte, risolvere l'antinomia prospettata, a dimostrazione che in una prima fase tale questione si configura in un ambito che vede in azione almeno due attori, i giudici e il legislatore. Si tratta di una previsione di non poco conto, soprattutto in relazione al discorso del limite della discrezionalità politica in precedenza sviluppato, che la Corte costituzionale si deve sforzare quanto più è possibile di non oltrepassare. In realtà, il silenzio legislativo, a seguito dell'avvenuta notifica, sembrerebbe rappresentare di per sé un segnale inequivocabile di non interesse a intervenire e quindi, contestualmente, legittimare la Corte ad esporsi in un ambito che, di fatto, viene lasciato libero.

Il sistema notiziale, che serve ad informare una serie di soggetti istituzionali che è in discussione un problema di incostituzionalità, non ha solo rilievo formale; esso, in realtà, si dispone nell'ottica di un intervento preventivo e nel senso di evitare che nelle more del giudizio incidentale una norma di dubbia costituzionalità possa trovare applicazione in altri casi. Si tratta, in altre parole, di una avvertenza, che però dovrebbe andare ben oltre la semplice presa d'atto. Soprattutto per quanto riguarda gli organi rappresentativi, essi dovrebbero prontamente attivarsi al fine di eliminare a monte i profili di incostituzionalità di una norma. Agire in anticipo consentirebbe - a differenza di quel che potrebbe fare la Corte successivamente, nel rispetto della discrezionalità politica - di affrontare il problema in maniera più sistematica, anche attraverso nuove previsioni che possano compensare il difetto di costituzionalità segnalato o comunque riconfigurare la disciplina secondo un ordine nuovo più rispettoso, nel suo complesso, del dettato costituzionale. Oppure, prendendo spunto dalla questione di legittimità costituzionale rigettata, ripercorrere l'iter argomentativo del giudice *a quo* per evidenziarne le falle interpretative che ne hanno consolidato un erroneo convincimento di incostituzionalità, fornendo della norma una interpretazione autentica conforme a Costituzione.

In generale, i rimedi a carattere preventivo andrebbero in qualche modo potenziati per evitare almeno due ordini di conseguenze: la prima è che, da un lato, ci si affidi all'operato della Corte, salvo poi criticarla per un eccessivo sconfinamento in ambiti di competenza altrui; la seconda è che il problema sia tale da non consentire alla Corte - pur nel massimo di espansione delle sue prerogative - di risolverlo nella sua interezza, con la conseguenza di trasformare la questione nell'oggetto di una sorta di "procedura di infrazione" nei confronti del Parlamento, attraverso moniti, messe in mora e provvedimenti cautelari.

I danni derivanti dal protrarsi dell'illegittimità costituzionale di una norma producono conseguenze molto gravi, innanzitutto sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali e la tenuta dei principi fondativi dell'ordine costituito, e sull'ordinamento giuridico nel suo complesso. Infatti, più ristagnano in esso elementi patologici, più si acuiscono fenomeni di contaminazione e di squilibrio che poi rendono più difficile ristabilire la legalità costituzionale violata. In generale, pertanto, le precipue funzioni degli organi di garanzia, come le Corti costituzionali, dovrebbero, dunque, essere attivate come *extrema ratio*, ovvero solo nel caso in cui le

ordinarie funzioni dei pubblici poteri, e in particolare quelle delle assemblee rappresentative, non siano state in grado di rimediare ai propri stessi errori, riversando su altri organi tale compito³⁸.

Agli argomenti finora proposti si potrebbe tuttavia sollevare una obiezione. Dal momento che è solo la Corte a poter stabilire se una norma è incostituzionale e considerato che difficilmente le Camere e i Consigli regionali sarebbero inclini a disconoscere il proprio stesso operato ammettendo effettivamente la sussistenza di un problema di legittimità costituzionale, tutto andrebbe inevitabilmente a riversarsi sull'organo di giustizia costituzionale. Tale lettura tuttavia non considera l'idea che il controllo e la risoluzione del problema di incostituzionalità investa

no in realtà, sia pure in forme diverse e talvolta non del tutto esplicite, tutte le istituzioni pubbliche ed anche gli stessi cittadini.

In una fase così avanzata dello sviluppo dei sistemi democratici – almeno in alcune aree geografiche del mondo – la legalità costituzionale non è solo un assetto che va ripristinato da un apposito organo in caso di violazione ma, in positivo, un obiettivo cui l'ordinamento giuridico nel suo complesso deve tendere. Essa, in altre parole, si rivela sempre più come un carattere che informa di sé i sistemi statali democratici in tutte le loro articolazioni. E paradossalmente proprio la legge, in funzione della quale i modelli di controllo di costituzionalità sono stati concepiti, dovrebbe rappresentare il principale strumento non solo di diffusione della legalità costituzionale ma anche di suo ripristino nel caso di violazione. La legge, in altre parole, dovrebbe costituire il più importante mezzo di manutenzione, in termini di legalità costituzionale, dell'ordinamento giuridico e non esserne invece il potenziale sabotatore.

Se il sistema notiziale stabilito nell'art. 23 della legge n. 87 del 1953 potrebbe apparire non particolarmente incentivante sul piano della responsabilità degli organi rappresentativi a rimediare preventivamente il problema di incostituzionalità, trattandosi nella fattispecie anche di una norma di rango primario, diversa portata assume l'art. 136 Cost. in riferimento all'invito alle Camere e ai Consigli regionali – dopo la declaratoria di incostituzionalità - a provvedere, se lo ritengano necessario, nelle forme costituzionali. Dunque, c'è un sistema notiziale preventivo e un invito a provvedere successivo alla decisione della Corte; sono disposizioni di diverso rango gerarchico, che intervengono in momenti diversi e che, tuttavia, se messe in correlazione potrebbero offrire una prospettiva interessante di risoluzione dei problemi di incostituzionalità di tipo integrato. Nel caso dell'art. 136, l'invito rivolto alle assemblee legislative rivela la necessità – talvolta - di intervenire successivamente in quanto l'annullamento della norma può di per sé non essere sufficiente a risanare la legalità costituzionale, rendendosi necessari interventi normativi di dettaglio o comunque di ripristino del tessuto legislativo compromesso.

³⁸ Nell'ambito del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore va, tuttavia, sottolineato che i rispettivi strumenti di intervento al fine di rimediare al problema di incostituzionalità producono due effetti diversi; nel caso del legislatore si realizza l'abrogazione della norma, mentre in quello della Corte la decisione di accoglimento produce un effetto assimilabile all'annullamento, con conseguenze diverse sui rapporti pendenti. Nell'un caso, infatti, si ha la irretroattività, per cui la legge dispone solo per il futuro, nell'altro invece l'efficacia dell'annullamento è retroattiva e incide sui rapporti giuridici ancora azionabili.

Andando, dunque, al di là della distinzione tra organi politici e organi di garanzia, vi è un progetto, quello costituzionale, da portare avanti, realizzare, consolidare e al tempo stesso far evolvere, del quale tutte le istituzioni repubblicane sono responsabili. Ed è dalle profonde interconnessioni tra le stesse, in una prospettiva comune, che il carattere della rigidità costituzionale può radicarsi sempre più profondamente nelle strutture portanti dell'ordine costituito. I molteplici attori del sistema democratico hanno, ciascuno contestualmente, almeno un duplice compito, quello di agire nell'ambito delle prerogative che gli sono proprie e quello di svolgere all'occorrenza – sulla base delle proprie competenze – un ruolo di garante dell'assetto costituzionale che è condizione imprescindibile per la loro stessa sopravvivenza. Al di là, dunque, delle interferenze funzionali, mediante le quali ogni potere può controllare l'altro, affinché il principio della separazione non resti un vuoto enunciato e soprattutto per evitare fenomeni di concentrazione di potere, si potrebbe avanzare una ulteriore lettura delle interferenze basata, questa volta, sull'intreccio tra funzioni politiche e funzioni di garanzia, accedendo cioè ad una forma di attuazione del dettato costituzionale più dinamica e interscambiabile nei ruoli degli organi che vada al di là di neutri schematismi. Anche in tale prospettiva, tuttavia, va fatta una opportuna distinzione tra la produzione del diritto *tout court* e l'esercizio di una discrezionalità attiva di determinazione dell'indirizzo politico a carattere sostanzialmente originario. Da questo punto di vista, mentre il Parlamento crea, e dunque, nel rispetto della Costituzione può, su un foglio bianco, scrivere una nuova partitura, per la Corte costituzionale il discorso è diverso. Essa non potrà lavorare su un foglio completamente bianco a meno che non si tratti di colmare vuoti. Ma anche in tal caso, pur disponendo di margini più ampi nella stesura della partitura, essa non potrà mai esprimere una discrezionalità assoluta.

5. Il ruolo dei giudici (nella forma dei precedenti)

Nella relazione annuale del Presidente della Corte costituzionale del 18 marzo 2024, ancora una volta, viene rivolto un appello al legislatore per vizio di omissione al fine di affrontare, con una adeguata disciplina, alcuni temi urgenti che la società rivendica come tappe necessarie per il suo progresso etico e morale e una più evoluta forma di convivenza; il riferimento è, in particolare, alla questione del “fine vita” e a quella del riconoscimento dei figli di coppie dello stesso sesso. Colpisce molto la preoccupazione della Corte costituzionale, nella figura del suo Presidente, per l'inerzia legislativa che ormai si protrae da tempo, nonostante si sia tentato attraverso diverse forme di decisione di sollecitare e, in un certo senso, di agevolare la costruzione di una disciplina adeguata che non può più essere procrastinata o rimessa, volta per volta, all'intervento dei giudici. È interessante passare in rassegna le diverse tipologie decisorie con cui la Corte costituzionale si è pronunciata sul “fine vita” (in particolare in riferimento al c.d. caso Cappato), che vanno dall'ammonimento, alla messa in mora, fino alla definizione per via giurisprudenziale di una cornice normativa articolata in principi e regole entro la quale ricondurre casi sempre più frequenti che necessitano con urgenza di una qualche forma di regolazione.

Si tratta di un dato molto significativo, ai fini della presente riflessione, che rivela un andamento nella gestione dei problemi di incostituzionalità che sempre più si assesta sulla

soluzione giurisprudenziale, nonostante la complessità dei temi richiederebbe un legislatore attivo e concludente per la definizione di una disciplina adeguata.

Che la giurisprudenza sia stata spesso precorritrice nell'accogliere le istanze di una società in evoluzione, questo è un dato evidente. Essa, in altre parole, si è spesso disposta come apripista nella risoluzione di casi che sono andati via via incrementando fino ad essere poi acquisiti dalle agende politiche come nuove priorità³⁹. Tuttavia, questo ruolo, su alcune questioni in particolare, sembra essersi stabilizzato per la resistenza del Parlamento a intervenire. Quindi, la tendenza a fare da sprone e a veicolare le nuove esigenze della società si è trasformata in qualcosa di diverso, in una sorta di vicariato della funzione legislativa.

Ciò che però va evidenziato è che tale stato di fatto non può, nel medio e lungo periodo, reggere. È infatti impensabile che il formante giurisprudenziale, in un sistema dove in teoria dovrebbe essere prevalente quello politico, possa sostituirsi completamente al Parlamento. Il rischio sarebbe, infatti, un grave sbilanciamento nella separazione dei poteri e una deriva dell'ordinamento giuridico verso modelli normativi diversi, senza però che se ne siano consolidati gli elementi strutturali caratterizzanti. Nei modelli di *common law*, dove l'elemento giurisprudenziale nella produzione del diritto è prevalente, sono, infatti, radicate alcune regole fondamentali di funzionamento del sistema giuridico che ordinano la giurisprudenza secondo la regola del vincolo del precedente, essenziale per la certezza e prevedibilità del diritto.

Senza anticipare percorsi argomentativi che si cercherà di sviluppare in seguito, ciò che si ritiene importante evidenziare, nella prospettiva dell'illegittimità costituzionale e della sua risoluzione, è che, allo stato, il quadro complessivo, che sembra emergere dal sistema di interazione dei poteri costituzionali tra loro, è di evidente sbilanciamento. In particolare, l'incostituzionalità si profila soprattutto in termini omissivi. Come è noto, infatti, una norma è incostituzionale non solo nel caso in cui preveda qualcosa che è contrario alla Costituzione, ma anche nell'ipotesi in cui non preveda ciò che invece sarebbe costituzionalmente necessario prevedesse. Tradotto in altri termini, per risolvere l'incostituzionalità, in alcuni casi, non serve sradicare l'elemento patologico ma colmare il vuoto patologico che compromette la compatibilità costituzionale della norma giuridica. È noto quanto la Corte costituzionale abbia, attraverso la sua giurisprudenza creativa, tentato, attraverso le sentenze additive, di fronteggiare questo tipo di problema ed è altrettanto nota la delicatezza di questo tipo di operazione che va "ad aggiungere" piuttosto che ad eliminare, innovando, di fatto, l'ordinamento giuridico⁴⁰. Si tratta di una prospettiva, quella della produzione normativa della Corte, che ormai si è di fatto consolidata e che probabilmente non subirà più ripensamenti. Quel che però è auspicabile che avvenga è che tale modello, sempre più orientato verso i sistemi di *common law* – come si

³⁹ A proposito dell'attività creativa dell'interpretazione come apertura verso la tutela di nuove situazioni giuridiche soggettive, si v. diffusamente M. Cappelletti, *Giudici legislatori?* Giuffrè, Milano, 1984, che proprio a partire dalla dimostrazione della assenza di differenza fra interpretazione e creatività, focalizza la sua riflessione sui limiti della creazione del diritto da parte delle corti. In tal senso anche L. Elia, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*. Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara, 10-12 ottobre 1985, Cedam, Padova, 1988, pp. 221 ss.

⁴⁰ Sulle sentenze additive, si v. E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 145 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 195 ss.

riscontra del resto anche nell'esperienza della Corte EDU e della Corte di giustizia - si definisca in termini di maggiore certezza⁴¹.

I modelli di giustizia costituzionale sono classificati secondo diversi parametri. Una delle distinzioni principali è quella tra sistemi di controllo *ex ante* e sistemi di controllo *ex post*. I primi sono meccanismi di controllo concreti, mentre i secondi sono di tipo astratto⁴². Senza andare oltre le specifiche connotazioni di ognuno di essi e dei contesti ordinamentali che li hanno acquisiti, è di interesse osservare che il momento applicativo di una norma può essere, in generale, più rivelatore dei profili di incostituzionalità rispetto al controllo astratto. Nel giudizio *ex ante*, infatti, la norma viene analizzata asetticamente non avendo la stessa ancora vigenza, dunque non avendo avuto ancora la possibilità di essere applicata e di esprimere del tutto il suo significato. Nell'ordinamento francese, nel quale il controllo astratto è stato in assoluto prevalente, tale valutazione si identifica come uno specifico segmento dell'iter legislativo che prevede appunto una fase in cui, prima che la legge entri in vigore, se ne valuti astrattamente la compatibilità costituzionale. Questo tipo di verifica, tuttavia, presenta limiti evidenti, in quanto – come prima si è sottolineato – i profili di incostituzionalità possono non emergere affatto in astratto ma, più verosimilmente, in concreto, ovvero al momento dell'applicazione della norma. In questo senso, dunque, il controllo incidentale, a partire da un giudizio, sembra molto più idoneo a rivelare profili di incostituzionalità e ciò non solo perché – come detto – è la concreta applicazione a poter essere decisiva nel far emergere i problemi di incostituzionalità di una norma, in quanto essa passando attraverso il filtro interpretativo è più in grado di esprimere il suo effettivo significato, sia in positivo che in negativo, ma anche perché questo tipo di modello, oltre ad investire la Corte costituzionale del controllo, assegna ai giudici comuni un ruolo centrale nel funzionamento del meccanismo di garanzia costituzionale attraverso l'atto di rimessione.

In una prospettiva integrata, dunque, che intende l'illegittimità costituzionale come una questione da risolvere da parte di una pluralità di attori, la figura del giudice assume una posizione importante per almeno due ragioni; innanzitutto, perché esso è il soggetto deputato all'attivazione del meccanismo di controllo e a definire la questione da sottoporre alla Corte; in secondo luogo, perché esso è, in teoria, dotato di un ambito di autonomia tale da consentirgli di risolvere esso stesso il problema di incostituzionalità, senza dovere necessariamente investire di ciò la Corte costituzionale⁴³.

⁴¹ Sul tema si veda diffusamente A. Lucarelli, *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, in A. Apostoli, M. Gorlani, *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*. Atti del Convegno di Brescia, 24 novembre 2017, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁴² Per un inquadramento generale del tema, si v. almeno L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata. Dai modelli ai sistemi*, Giappichelli, Torino, 2015; A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia: dai modelli alla prassi*, in Quad. cost., 1982, pp. 527 ss., ma già in Id., *Garanzie costituzionali. Art. 134*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981, pp. 42 ss.; A. Pizzorusso, *Giustizia costituzionale (diritto comparato)*, in Enc. del dir., Annale, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 669 ss.

⁴³ Si tratta di un argomento ampiamente approfondito in dottrina, sul quale si v. almeno M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in Enc. del dir., Annali, IX, Giuffrè, Milano, 2016, pp. 391 ss.; F. Modugno, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in Rivista AIC, 2, 2014; R. Romboli, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in P. Carnevale, C. Colapietro (a cura di), *La giustizia costituzionale tra memoria e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 89 ss.; M. Ruotolo, *Interpretare. Nel segno*

Quanto al primo rilievo, il giudice comune rappresenta una vera e propria sonda calata nel cuore dell'ordinamento giuridico, in grado di captarne disfunzioni e patologie, risolverle, se possibile, o trasmetterle in altre sedi affinché possano essere risolte. Il suo ruolo, tuttavia, va ben oltre quello di cinghia di trasmissione, dovendo lo stesso amministrare giustizia e dunque dare risposte anche quando ci sono carenze normative imputabili ad altre istituzioni, soprattutto quelle rappresentative.

Per quanto riguarda in particolare il controllo di costituzionalità, in un sistema accentrato, che ha come fulcro un organo specifico che è la Corte costituzionale, la presenza dei giudici comuni come soggetti attivatori del meccanismo di controllo fa assumere al sistema caratteri assimilabili a quello di tipo diffuso, in cui – come è noto – il controllo di legittimità costituzionale è una prerogativa di qualsiasi giudice. Si tratta, dunque, di una figura assolutamente centrale nei sistemi di giustizia costituzionale, anche di quelli di tipo accentrato.

Pur non essendo il nostro modello giurisprudenziale basato sulla regola del vincolo del precedente – anche se spesso il precedente ha un peso -, di fatto la giurisprudenza si definisce nel corso del tempo in orientamenti maggioritari e minoritari che guidano le decisioni dei giudici, soprattutto se i precedenti prevalenti si sono realizzati al livello delle giurisdizioni superiori. Dal punto di vista del controllo di costituzionalità, va innanzitutto evidenziato che le decisioni dei giudici possono favorire il consolidamento di interpretazioni costituzionalmente orientate delle norme, in quanto nell'ambito del giudizio essi non si possono limitare ad un automatismo applicativo della norma dovendola necessariamente far emergere per via interpretativa. Tale attività esegetica deve svolgersi entro parametri di orientamento, primo tra questi il testo costituzionale. Tanto che la questione di legittimità costituzionale viene sollevata dinanzi alla Corte costituzionale solo nell'ipotesi in cui – nonostante gli sforzi interpretativi – di quella norma il giudice non riesca a fornire una interpretazione coerente con la Costituzione. In questa prospettiva, dunque, i giudici assumono una posizione di evidente rilievo nella risoluzione dei problemi di costituzionalità, agendo in via preventiva e concreta, contribuendo al rafforzamento dei precedenti in termini di compatibilità costituzionale. Si tratta di una operazione fondamentale per fare in modo che una norma, che si presenti ambigua e potenzialmente illegittima, possa essere – laddove possibile – conservata, attraverso una lettura che ne fornisca un significato coerente con il testo costituzionale nella prospettiva del diritto vivente, ovvero di identificazione della norma per come essa vive nell'esperienza giurisprudenziale attraverso la dinamica delle relazioni tra potere giudiziario e Corte costituzionale⁴⁴.

della Costituzione, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014; Id., *L'interpretazione conforme torna a casa?* in Consulta online, 2019.

⁴⁴ La sentenza 11 dicembre 1974, n. 276, costituisce la decisione in cui, per la prima volta, si rinviene l'espressione «diritto vivente», ovvero «il "sistema giurisprudenziale" formatosi, nel difetto di espresse disposizioni», successivamente sempre più spesso utilizzato nel linguaggio del giudice delle leggi; a riguardo si veda M. Cavino, *Diritto vivente [aggiornamento]*, in Digesto pubbl., 2010. L'onere dei giudici di ricercare una interpretazione costituzionalmente adeguata emerge, invece, per la prima volta dalla sentenza n. 456 del 1989, in cui la Corte afferma: «Quando (...) il dubbio di compatibilità con i principi costituzionali cada su una norma ricavata per interpretazione da un testo di legge è indispensabile che il giudice a quo prospetti a questa Corte l'impossibilità di una lettura adeguata ai detti principi; oppure che lamenti l'esistenza di una costante lettura della disposizione denunciata in senso contrario alla Costituzione (cosiddetta "norma vivente"). Altrimenti tutto si riduce ad una richiesta di parere alla Corte costituzionale, incompatibile con la funzione istituzionale di questo Collegio (cfr. la sentenza n.123 del 1970)». Il nucleo di

Questi rilievi sembrano anche suggerire quanto la compatibilità costituzionale di una norma raramente sia un dato acquisibile a priori ma, al contrario, sia spesso un carattere che è l'attività interpretativa ad individuare in essa a posteriori. In questo senso, dunque, prima di giungere al caso limite del controllo da parte della Corte costituzionale, è compito dei giudici comuni coltivare un approccio esegetico di diffusione della cultura costituzionale, a partire dal testo ma allo stesso tempo in una prospettiva evolutiva dello stesso. Prima ancora che nelle sentenze della Corte costituzionale, la Costituzione dunque vive in quelle dei giudici, che con i loro precedenti contribuiscono ad arginare in via preventiva derive di incostituzionalità che possono maturare non solo attraverso leggi incostituzionali, ma anche attraverso schemi di interpretazione incostituzionale, radicandole in questo modo nell'ordinamento⁴⁵.

Il tema fin qui affrontato può essere visto anche da un'altra prospettiva, che è quella della Corte costituzionale. Come è noto, essa ha vissuto una stagione particolarmente interessante da questo punto di vista, assumendo decisioni di inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale laddove i giudici remittenti non avessero dimostrato, con argomentazioni convincenti, di aver tentato di fornire della norma una interpretazione costituzionalmente compatibile ma di non esserci riusciti per impossibilità insita nei limiti oggettivi della stessa⁴⁶. Oppure ancora, ricorrendo alle sentenze interpretative, essa spesso rigetta la questione dichiarandola non fondata in quanto il giudice *a quo* avrebbe potuto, per via interpretativa, assegnare alla norma un significato costituzionalmente compatibile, ma non lo ha fatto, ed è, pertanto, la Corte stessa a fornirglielo⁴⁷. Si tratta di ipotesi di particolare interesse, che rivelano anche la tendenza della stessa Corte ad attivare un dialogo costruttivo con i giudici per la risoluzione dei problemi di costituzionalità. Nel primo caso, responsabilizzandoli in via preliminare con le decisioni di inammissibilità, nel secondo caso invece andando loro incontro, orientandoli nell'interpretazione conforme della norma da applicare nel giudizio *a quo*. Con le decisioni di inammissibilità la Corte stimola dunque i giudici a strutturare l'ordinanza di rimessione in modo convincente, così da fornire ad essa elementi utili a dimostrare di aver tentato di dare della norma una interpretazione costituzionalmente conforme. Tale orientamento, protrattosi

tale dottrina – che determina una modificazione notevolissima del ruolo della Corte e dei giudici nel controllo di costituzionalità delle leggi – è lo spostamento in capo a questi ultimi del potere-dovere di interpretare *secundum constitutionem* le disposizioni legislative, prima ed in luogo di devolverne l'esame alla Corte; in tema si veda G. Sorrenti, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; M. D'Amico e B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Atti del Convegno di Milano, 6-7 giugno 2008, Torino, 2009; AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del seminario svoltosi a Roma presso Palazzo della Consulta il 6 novembre 2009, Milano, 2010. Circa i limiti dell'interpretazione conforme vedi A. Pace, *I limiti dell'interpretazione "adeguatrice"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1963, 1066 e ss.

⁴⁵ Sul tema, si v. diffusamente AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, il 6 novembre 2009, Giuffrè, Milano, 2010.

⁴⁶ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale nel 2003*, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 3427 ss.; A. Anzon Demmig, *Intervento. La problematica convivenza della dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione con la dottrina del diritto vivente*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, cit., p. 319; M. R. Morelli, *Doverosità della previa verifica di una possibile «interpretazione adeguatrice» ai fini dell'ammissibilità dell'incidente di costituzionalità e diverso regime del giudizio in via principale*, in *Giust. civ.*, I, 1997, pp. 2361 ss.; M. D'Amico, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 506 ss.

⁴⁷ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, pp. 292 ss.; A. Cerri, *Giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 176 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 135 ss.; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., pp. 180 ss.

per un certo lasso di tempo della sua giurisdizione, ha offerto alla Corte la possibilità di coinvolgere i giudici nella risoluzione dei dubbi di costituzionalità investendoli, a loro volta, del ruolo di controllori e, dunque, in questa prospettiva, ad alimentare una maggiore integrazione tra il modello accentrato e quello diffuso. Sulla interpretazione costituzionalmente conforme, tuttavia, la recente tendenza della Corte è verso un controllo più blando, nel senso di ritenere comunque ammissibile la questione anche se pochissimo il giudice argomenta a riguardo. Al contrario, la Corte sembra rivolgere un peso e uno spazio sempre maggiori al diritto vivente, nel senso che la stessa nella sua attività esegetica si orienta a partire dall'interpretazione che della norma si è affermata in giurisprudenza. In altre parole, «il significato giudiziario applicato del diritto vivente diventa così un “dato” del caso costituzionale da risolvere e cessa di essere un aspetto della decisione da argomentare, com'era in precedenza. [...] Il controllo di costituzionalità non è più allora un giudizio su fattispecie ipotetica, il diritto per come esso è in potenza; diventa invece un giudizio su fattispecie concreta, il diritto per come esso è in atto»⁴⁸.

Di tenore diverso le interpretative di rigetto, che sono decisioni di merito che forniscono al giudice remittente l'interpretazione da seguire per far salva la norma di dubbia costituzionalità da applicare nel suo giudizio. Dunque, in questo caso, la Corte fornisce la soluzione, nell'altro (di inammissibilità), invece, essa la sollecita, spronando i giudici a un maggiore impegno interpretativo, non necessariamente fornendo loro un indirizzo esegetico. Con l'inammissibilità, in altre parole, la Corte costituzionale investe i giudici del compito di assumersi l'onere interpretativo e, nel caso, risolvere autonomamente il dubbio di costituzionalità. Si tratta di una modalità che può favorire il ripristino della legalità costituzionale da parte dei giudici in modo indipendente e non invasivo della loro sfera di competenza, nonostante il suo dato problematico rispetto al nostro modello di giustizia costituzionale, cioè mettere fuori gioco la Corte, incentivando un sindacato diffuso.

Di tenore diverso l'interpretativa di rigetto che potrebbe anche essere letta come una sovrapposizione della Corte alla discrezionalità del giudice che nel giudizio *a quo* non può, a quel punto, che applicare la norma secondo l'interpretazione fornitagli dalla stessa. Nell'un caso, l'autonomia interpretativa dei giudici si espande, nel secondo caso invece si riduce. Tuttavia, anche con le interpretative di rigetto, l'indicazione interpretativa fornita dalla Corte può rappresentare un importante precedente che può contribuire al consolidamento di un orientamento giurisprudenziale costituzionalmente orientato per scongiurare, per il futuro, la rimessione di analoghe questioni. Ciò, del resto, è quanto accade negli ordinamenti di *common law* dove vigendo la regola del vincolo del precedente giudiziario⁴⁹, l'interpretazione conforme assume una solidità maggiore soprattutto se si definisce a livello di giurisdizioni superiori. Nei sistemi non fondati su questa regola, il discorso del precedente appare più sfumato anche se,

⁴⁸ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1988, pp. 286 ss.; Dossier della Corte costituzionale, L. Salvato (a cura di), *Profili del «diritto vivente» nella giurisprudenza costituzionale*, 2015, in www.cortecostituzionale.it.

⁴⁹ Cfr. diffusamente G. Gorla, *Precedente giudiziale*, in Enc. giur. Treccani, XXIII, Roma, 1990; ed inoltre A. Pizzorusso, *Effetto di giudicato ed effetto di precedente delle sentenze della Corte costituzionale*, in Giur. cost., 1966, pp. 1976 ss.; A. Anzon Demmig, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi. L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht*, Giuffrè, Milano, 1995; R. Calvano, *Lo stare decisis nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in Giur. cost., I, 1996, pp. 1279 ss.

in generale, esso orienta molto le decisioni dei giudici, nonostante gli stessi se ne possano sempre concretamente discostare, essendo soggetti soltanto alla legge. Resta, tuttavia, da osservare che per un giudice intraprendere un orientamento minoritario e di segno opposto non sembra essere la tendenza, anzi. Ed anche in quei casi in cui ciò si verifichi, tale precedente raramente può determinare un diverso orientamento se non supportato da altre decisioni che, in maniera incrementale, contribuiscano nel tempo ad una inversione di rotta. A quel punto però non è tanto la giurisprudenza in sé ad essere decisiva, quanto piuttosto la domanda sociale che si assesta su un diverso ordine di bisogni, esprimendo, innanzitutto attraverso l'azione in giudizio, il principale segnale di una esigenza di cambiamento. E ciò vale anche per l'attuazione del dettato costituzionale le cui potenzialità inesprese vengono intercettate soprattutto dai giudici, i quali hanno anche il compito di adeguare la normativa vigente a prospettive esegetiche orientate ad una visione costituzionale dinamica e non statica. La Costituzione vivente è, dunque, da assumere come la risultante di un processo interpretativo ed evolutivo della Carta fondamentale ad opera non solo della Corte costituzionale ma di tutti i giudici nel loro complesso, attraverso i precedenti e la sinergia dialettica tra gli stessi per assicurare o ripristinare la legalità costituzionale, attraverso le interpretazioni costituzionalmente orientate o conformi⁵⁰.

Si tratta, in altre parole, di un'opera di costante manutenzione dell'ordinamento giuridico che si realizza a partire dall'ascolto della società e delle sue istanze per progredire verso assetti normativi nuovi che siano non solo la conferma dei principi fondativi del patto costituzionale, ma anche una loro reinterpretazione alla luce dei mutamenti sociali ai quali i contesti ordinamentali si devono progressivamente adeguare.

Anche se il discorso fin qui condotto si è concentrato, in particolare, sul tema dell'illegittimità costituzionale e sul ruolo risolutivo della stessa da parte dei principali attori istituzionali, si tratta in realtà di un obiettivo, quello della conservazione o del ripristino della legalità costituzionale, molto più articolato e complesso che include non solo tutte le strutture portanti dello Stato apparato ma anche dello Stato comunità, dai singoli cittadini alle organizzazioni intermedie espressioni di una visione pluralista a tutto campo del nostro sistema costituzionale.

6. La soluzione integrata

Come emerso già dalle pagine che precedono, l'idea che i problemi di incostituzionalità siano di esclusiva spettanza della Corte costituzionale è da ridimensionare, ricoprendo la stessa, invece, l'ultimo segmento di un processo rigenerativo che deve coinvolgere all'unisono tutte le istituzioni democratiche. In assenza, tuttavia, di regole esplicite che orientino il coordinamento tra poteri in funzione della risoluzione integrata delle questioni di legittimità costituzionale, è il sistema ordinamentale nel suo complesso a fornire alcune indicazioni in tal senso.

⁵⁰ Che il controllo di costituzionalità sia anche prerogativa dei giudici comuni rappresenta anche un fattore problematico in ordine alla certezza del diritto e al rischio di estrema eterogeneità nell'interpretazione dei precetti costituzionali. Sul tema si veda diffusamente M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in Enc. dir. – Annali, vol. IX, Giuffrè, Milano, 2016.

Soltanto abbandonando una visione eccessivamente schematica di distribuzione dei poteri e di assegnazione di specifiche funzioni agli organi costituzionali che si può accedere ad una soluzione integrata di tali problemi, che non sono quasi mai risolvibili in via autonoma, richiedendo spesso o una sollecitazione a monte, o un intervento a valle della decisione di incostituzionalità, a meno che non si riesca a risolverli – come sarebbe auspicabile - in via preventiva.

Nella prospettiva della integrazione, è chiaro che la questione investe innanzitutto la Corte costituzionale e l'Assemblea legislativa. Del tipo di relazione che, soprattutto negli ultimi tempi, si è andata a definire tra tali istituzioni, abbiamo già avuto modo di discutere, sottolineando in particolare le gravi carenze del Parlamento su questioni non più procrastinabili. Oltre a rilevare questo dato di realtà, è importante però anche avanzare possibili strategie che possano favorire una più proficua collaborazione. Allo stato attuale, certamente non si possono muovere particolari critiche alla Corte che, anzi, si è adoperata non poco per sollecitare l'intervento del formante politico. In un sistema fondato su un assetto decisamente democratico, naturalmente qualsiasi tipo di soluzione non può che passare attraverso il principio della sovranità popolare. Esso rappresenta la chiave di volta di tale sistema e dunque la strada maestra da seguire sempre nella elaborazione di correttivi e strategie per ripristinare l'equilibrio perduto. A fronte, dunque, dell'inattività del Parlamento – che pure è la proiezione del medesimo principio - su determinate questioni che riguardano in particolare i diritti civili, la sovranità popolare nella sua forma diretta deve poter riassumere un ruolo per riattivare il circuito rappresentativo. Certamente ci sono le elezioni, che rappresentano il principale strumento di rinnovamento della rappresentanza, ma non è il solo e forse, in un certo senso, neanche il più efficace. È in realtà nel corso della legislatura che sarebbe necessario poter azionare strumenti in grado di porre un vincolo ai rappresentanti su alcune questioni specifiche. Lo strumento che più sembra risultare funzionale a questo scopo è il referendum che, tuttavia, a sua volta, presenta anche dei limiti. Si tratta, in un certo senso, dei medesimi limiti che si riscontrano nelle decisioni di incostituzionalità differita non seguite da un intervento legislativo. Sia nell'un caso che nell'altro è inevitabile rilevare l'impossibilità per questi strumenti di affrontare e risolvere alcune questioni di incostituzionalità in maniera sistematica, in quanto né la Corte costituzionale né il referendum abrogativo possono mai spingersi al punto da ridefinire un settore disciplinare senza incorrere in inevitabili vuoti e carenze che potrebbero, in un certo senso, rivelarsi ancor più gravi⁵¹.

Tuttavia, in una prospettiva *de iure condendo*, durante una stagione politica che pone al centro dell'agenda di governo alcune riforme strutturali di dubbia costituzionalità, incidenti sulla forma di governo, sul tipo di stato e sulla giustizia, bisognerebbe forse orientare il dibattito verso altri obiettivi, come ad esempio quello di attuare o rafforzare alcuni istituti di democrazia diretta, nei limiti naturalmente della loro compatibilità con il modello rappresentativo.

⁵¹ La «strategia della duplice aggressione alla legge», così P. Carnevale, *Il rapporto tra la sentenza 192/2024 della Corte costituzionale e le richieste abrogative popolari in itinere nell'ordinanza del 12 dicembre 2024 dell'Ufficio centrale per il referendum*, Relazione al Convegno su: «Il regionalismo differenziato secondo la Corte costituzionale», Consiglio Nazionale delle Ricerche, Roma – 10 gennaio 2025, in corso di pubblicazione in *Italian Papers on Federalism, Rivista on-line dell'ISSiRFA-CNR, "Istituto di Studi sui Sistemi Regionali, Federali e sulle Autonomie, Massimo Severo Giannini"*.

A questo riguardo, vi è un caso emblematico da cui può essere utile partire e cioè il tema del “fine vita”. Esso, infatti, è stato affrontato da diverse prospettive e con strumenti differenziati, e cioè attraverso la giurisprudenza, il controllo di costituzionalità, il referendum e recentemente con una legge regionale⁵². La questione teorica di ordine generale, entro cui si colloca questa specifica vicenda, è se, a fronte di una convergenza di intenti così significativa che si è riscontrata attraverso l’attivazione di questi molteplici canali, l’organo legislativo statale possa continuare a sottrarsi alle proprie responsabilità o non sia possibile ipotizzare, di fatto, un vincolo per esso non più eludibile. Che si convenga su tale vincolo non sembra potersi dubitare, ma sul piano concreto servono degli strumenti giuridici in grado di renderlo effettivo e non semplicemente una astratta aspirazione. Tornando al tema richiamato, come è noto, i primi tentativi di fornire una cornice normativa ad esso si rintracciano nella giurisprudenza ordinaria. Si ricordi a questo proposito la vicenda di Eluana Englaro (ma non è la sola) e della battaglia condotta dalla sua famiglia perché le sue volontà venissero rispettate e che contribuì a portare alla luce alcune gravi lacune del sistema giuridico italiano sulla bioetica e sul testamento biologico. Come è noto, la richiesta della famiglia di interrompere l’alimentazione forzata, considerata un inutile accanimento terapeutico, venne accolta e messa in pratica con la sentenza della Corte di Cassazione I sez. civ. del 16 ottobre 2007. Soltanto il 14 dicembre del 2017 il Parlamento approvò il primo testo di legge sulle DAT (dichiarazioni anticipate di trattamento), prevedendo espressamente la possibilità che le dichiarazioni precedentemente rese da un paziente prima di trovarsi in uno stato d’incoscienza siano vincolanti per il medico curante.

Dalla prospettiva del controllo di costituzionalità è particolarmente nota la vicenda Capato. Senza entrare nello specifico dell’iter che ha poi determinato l’intervento della Corte costituzionale, è importante in questa sede ricordare i tentativi dalla stessa messi in atto al fine di sollecitare l’intervento legislativo. Prima con l’ordinanza n. 207 del 2018, di messa in mora del Legislatore, con cui ha riconosciuto in sostanza l’incostituzionalità del reato di aiuto al suicidio per il suo contrasto con la libertà di autodeterminazione del malato⁵³. Dopo un anno, con la sentenza n. 242 del 2019⁵⁴, nella quale ha dichiarato l’incostituzionalità della fattispecie di

⁵² Legge regionale della Toscana 14 marzo 2025, n. 16, *Modalità organizzative per l’attuazione delle sentenze della Corte costituzionale 242/2019 e 135/2024*.

⁵³ «Il riferimento è, più in particolare, alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli. Si tratta, infatti, di ipotesi nelle quali l’assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l’unica via d’uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all’art. 32, secondo comma, Cost. Parametro, questo, non evocato nel dispositivo nell’ordinanza di rimessione, ma più volte richiamato in motivazione», paragrafo 8 in diritto. Sull’ordinanza in questione si vedano G. Razzano, *Sulla relazione fra l’ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in *Dirittifondamenti.it*, 2, 2019; E. Grosso, *Il “rinvio a data fissa” nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?* Relazione al Seminario su *Dopo l’ord. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?* Bologna 27 maggio 2019, in *Forum di Quad. cost.*

⁵⁴ Si tratta di una decisione che è stata molto commentata in dottrina; a riguardo, si v. almeno, in chiave critica, M. D’Amico, *Il “fine vita” davanti la Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Rivista AIC*, 4, 2019; F. Politi, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle “rime obbligate”? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Dirittifondamenti.it*, 1, 2020.

aiuto al suicidio «nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l’esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente».

A fronte dell’inerzia del Legislatore su questo tema, un’altra modalità per tentare di risolvere il problema è stata quella per via referendaria. Tuttavia, la sentenza n. 50 del 2022⁵⁵ ha dichiarato inammissibile il referendum riguardante l’abrogazione parziale dell’art. 579 c.p. con la finalità di legalizzare l’omicidio del consenziente - fatta eccezione per il minore di anni diciotto, della persona inferma di mente e della persona il cui consenso non è considerato valido -, in quanto tale abrogazione avrebbe reso penalmente lecita l’uccisione di una persona con il consenso della stessa, fuori dai casi in cui il consenso risulti invalido, legittimando in questo modo anche ipotesi basate su motivazioni legate a situazioni di disagio di natura del tutto diversa (affettiva, familiare, sociale, economica e via dicendo) fino al *taedium vitae*. In altre parole, la Corte rileva come l’abrogazione avrebbe avuto un effetto ben più ampio rispetto a quello sostenuto dal Comitato promotore. Tra gli argomenti posti a sostegno della sua decisione, è interessante il passaggio in cui la Corte richiama la natura di legge costituzionalmente necessaria dell’art. 579 c.p., sottolineando che «discipline come quella considerata possono essere modificate o sostituite dallo stesso legislatore con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, perché non verrebbe in tal modo preservato il livello minimo di tutela». Il riferimento al concetto di legge costituzionalmente necessaria⁵⁶ rimanda ad una questione molto discussa in dottrina e cioè la confusione che spesso si riscontra in giurisprudenza tra due concetti molto diversi, quello appunto di legge costituzionalmente

⁵⁵ A. Pugiotto, *Eutanasia referendaria. Dall’ammissibilità del quesito all’incostituzionalità dei suoi effetti: metodo e merito nella sent. n. 50/2022*, in *Rivista AIC*, 2, 2022, il quale pone in rilievo che l’inammissibilità da parte della Corte costituzionale del quesito sull’art. 579 c.p. rappresenta un caso, esemplare in cui il giudizio di ammissibilità si trasforma in sindacato anticipato di costituzionalità dei suoi ipotetici effetti.

⁵⁶ In particolare, con la sent. n. 49 del 2000, la Corte costituzionale ha identificato le «leggi costituzionalmente necessarie», «in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento».

necessaria e quello di legge a contenuto costituzionalmente vincolato⁵⁷. Naturalmente non è questa la sede per approfondire questa questione, valga tuttavia evidenziare che la scelta in questo specifico caso di ricorrere alla nozione di «legge costituzionalmente necessaria» sembra avere il chiaro intento, come è stato sottolineato in dottrina⁵⁸ di «lasciare campo libero al Parlamento di intervenire sulla disciplina, ma inibire fortemente qualsiasi modifica di proposta tramite referendum privandolo, de facto, della possibilità di rappresentare un'arma di contesa politica». Definire, al contrario, l'art. 579 c.p. «legge a contenuto costituzionalmente vincolato» avrebbe significato, come sosteneva Crisafulli (1978), rendere addirittura impraticabile l'abrogazione, in quanto in tal modo si sarebbe realizzata una vera e propria disapplicazione della Costituzione e del bilanciamento tra diritti in essa già predisposto. In altre parole, nel caso richiamato, si osserva da parte della Corte costituzionale un controllo della normativa residua che, attraverso il ricorso argomentativo di una nozione più estesa di legge costituzionalmente necessaria, si riflette sul contenuto minimo di un diritto e sul bilanciamento tra più diritti, piuttosto che limitarsi al giudizio sul quesito referendario in rapporto all'art. 75 Cost. In altre parole, ciò che emerge dall'analisi di questa decisione è la tendenza della Corte a valutare talmente la normativa residua da giudicare lo strumento referendario non idoneo a produrre l'effetto abrogativo.

⁵⁷ Nella sentenza n. 16 del 1978 si è affermata l'esistenza di «valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture od ai temi delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i relativi *referendum*, al di là della lettera dell'art. 75 secondo comma della Costituzione». Una delle categorie allora individuate consisteva nei «*referendum* aventi per oggetto disposizioni legislative ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato, il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)». Tale categoria di leggi non si riferisce, come questa Corte ha chiarito fin dalla medesima sentenza, a «tutte le leggi ordinarie, comunque, costitutive od attuative di istituti, di organi, di procedure, di principi stabiliti o previsti dalla Costituzione», ma solo a quelle «che non possono venir modificate o rese inefficaci, senza che ne risultino lese le corrispondenti disposizioni costituzionali». La naturale difficoltà a distinguere in concreto le leggi a contenuto costituzionalmente vincolato da quelle semplicemente riferibili a norme e principi costituzionali ha condotto la Corte ad affermare che «occorre che la legge ordinaria da abrogare incorpori determinati principi o disposti costituzionali, riproducendone i contenuti o concretandoli nel solo modo costituzionalmente consentito (anche nel senso di apprestare quel minimo di tutela che determinate situazioni esigano secondo la Costituzione)», (sent. n. 26 del 1981). Peraltro, con la sentenza n. 27 del 1987 sono state enucleate «due distinte ipotesi» all'interno di questa categoria di norme legislative che non possono essere oggetto di richieste referendarie: «Innanzitutto le leggi ordinarie che contengono l'unica necessaria disciplina attuativa conforme alla norma costituzionale, di modo che la loro abrogazione si tradurrebbe in lesione di quest'ultima (cfr. sent. n. 16 del 1978 e n. 26 del 1981); in secondo luogo, le leggi ordinarie, la cui eliminazione ad opera del *referendum* priverebbe totalmente di efficacia un principio od un organo costituzionale la cui esistenza è invece voluta e garantita dalla Costituzione (cfr. sent. 25 del 1981)». Successivamente la sent. n. 35 del 1997 ha riferito quest'ultima ipotesi anche a quelle «leggi ordinarie la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la Costituzione». Inoltre, le sentenze n. 42 e n. 49 del 2000 hanno dichiarato l'inammissibilità anche in ipotesi nelle quali la legislazione oggetto della richiesta referendaria garantisce solo il «nucleo costituzionale irrinunciabile» di tutela di un principio costituzionale. Sul tema, si v. V. S. Gonario Satta, *Il problema del rapporto tra "leggi costituzionalmente necessarie" e "leggi a contenuto costituzionalmente vincolato" nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in Quaderni regionali, 2004, pp. 729 ss.; S. Penasa, *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in Forum di QC, 2005; I. Massa Pinto, *Il limite delle leggi a contenuto costituzionalmente orientato nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo e il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali*, in F. Modugno, G. Zagrebelsky (a cura di), *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Atti del seminario svoltosi in Roma il 14 luglio 2000, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 216 ss.; V. Satta, *Scompare definitivamente la distinzione tra leggi costituzionalmente necessarie e leggi a contenuto costituzionalmente vincolato? Uno sguardo d'insieme alle sentenze sui referendum del 2005*, in Amministrazione in cammino.it, 2007.

⁵⁸ F. Medico, *La Corte costituzionale disattiva il plusvalore democratico del referendum. Riflessioni a partire dall'ultima tornata referendaria*, in Quaderni costituzionali, 3, 2022, p. 532.

Il caso sul “fine vita” è, dunque, emblematico di tentativi diversificati finalizzati a sopperire alle carenze del Legislatore. Come è evidente da quanto tratteggiato, sia a proposito degli sforzi compiuti per via referendaria che attraverso il controllo di costituzionalità (sia come giudizio incidentale che di ammissibilità del referendum), la materia in questione non può che essere disciplinata per via legislativa per garantire ad essa un equilibrio complessivo e scongiurare il rischio che su un tema così delicato possano esserci vuoti o lacune che si ripercuoterebbero inevitabilmente sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. Quel che tuttavia va sottolineato in questa sede, in una prospettiva di approccio integrato alla risoluzione dei problemi di incostituzionalità, è il peso che andrebbe, in ogni caso, riconosciuto al fatto stesso che su determinati argomenti vengano attivati plurimi strumenti ad iniziativa dei cittadini. In altre parole, se su una questione particolarmente avvertita come urgente dalla società, il principio della sovranità popolare, attraverso canali diversificati, viene in qualche modo esercitato direttamente, esso non dovrebbe essere ignorato dal Legislatore. Si potrebbe allora immaginare, in una visione prospettica, un suo potenziamento, nel senso che qualora su di un determinato tema e sulla necessità di una sua regolamentazione vengano attivati strumenti plurimi (il referendum abrogativo, l’iniziativa legislativa popolare, il controllo di costituzionalità per via incidentale), ciò dovrebbe costituire un vincolo ineludibile per l’organo rappresentativo e metterlo nelle condizioni di dover necessariamente intervenire attraverso la definizione di una adeguata disciplina. Ciò affinché non restino lettera morta i tentativi posti in essere, a vari livelli, da quello giurisprudenziale, a quello referendario e di controllo di costituzionalità, per dare concrete risposte alle istanze della società, risposte che – tuttavia – possono essere, attraverso quei canali, solo parziali e temporanee, necessitando di interventi strutturali che solo il formante politico può adeguatamente disporre. Sarebbe, dunque, auspicabile in tal senso una proposta riformatrice volta a potenziare determinati istituti ad iniziativa dei cittadini che, pur non potendo, per i loro limiti intrinseci, essere singolarmente del tutto risolutivi, possano – se attivati unitamente - creare un vincolo indifferibile per il Legislatore, nel corso della legislatura, di perseguire un ordine di priorità che promana dalla volontà popolare.

7. La soluzione progressiva

La risoluzione del problema di incostituzionalità si definisce anche in una prospettiva di progressività, dal momento che lo stesso non emerge sempre e necessariamente in modo netto ed esplicito ma si palesa il più delle volte nel tempo, al consolidarsi di determinate circostanze e al rafforzarsi di nuove esigenze sociali. Questo, in particolare, accade in quei casi in cui l’incostituzionalità si manifesta nel vuoto legislativo piuttosto che nel “pieno” di una determinata disciplina normativa. In ogni caso, il concetto di progressività caratterizza, in generale, i sistemi di giustizia costituzionale che funzionano tendenzialmente in modo incrementale. Anche nei loro cambiamenti di orientamento, le Corti sono di solito inclini a realizzarli in maniera graduale per consentire altrettanto gradualmente agli ordinamenti di adeguarsi. La progressività è, dunque, una caratteristica della maggior parte dei processi di adattamento attuati dagli ordinamenti giuridici per rispondere alle esigenze di una società in perenne trasformazione. Per quanto riguarda i problemi di incostituzionalità la progressività è, in generale, un loro

metodo di risoluzione cui la Corte costituzionale si adegua anche per consentire in determinate circostanze al Legislatore di intervenire, laddove possa esserci una indebita invasione della sua sfera di competenza e, più in generale, quando l'ambito in cui operare richiede soluzioni più strutturate e di più equilibrata connessione tra diversi rami dell'ordinamento. In un'ottica di progressività, si collocano certamente le sentenze monito, non solo quelle che si limitano a sollecitare il Legislatore, ma anche quelle che forniscono ad esso il perimetro entro in quale definire la disciplina.

Il metodo integrato e quello della progressività, in un certo senso, si combinano tra di loro, tra diverse forme di produzione giuridica con differenti capacità espansive. Se il problema di incostituzionalità può comportare talvolta l'attivazione di più strumenti di intervento, tali strumenti, a loro volta, si dispongono tra loro a funzionare comunque in un'ottica di progressività. Se, ad esempio, ad intercettare un profilo di incostituzionalità è il giudice comune, esso tenderà di risolverlo in chiave interpretativa in modo autonomo. Solo nel caso ciò non sia possibile saranno attivati altri canali, come ad esempio il ricorso alla Corte costituzionale, la quale – a sua volta – potrebbe non essere autosufficiente nella risoluzione del problema e quindi sollecitare l'intervento legislativo. Il Legislatore, a sua volta, potrebbe non intervenire e allora, a quel punto, potrebbero essere azionati altri strumenti, come quello referendario, etc. Se, dunque, a riguardo, è possibile constatare un approccio di tipo integrato, nel senso di più strumenti che si attivano, non necessariamente in maniera simultanea, è anche possibile osservare una progressività negli interventi, ognuno dei quali, sul piano contenutistico tiene tendenzialmente in conto di quanto realizzato o prospettato da quello precedente per addivenire ad un rimedio. Il giudice comune si disporrà ad interpretare la norma cercando una soluzione costituzionalmente conforme, e dunque attingendo ai precedenti in un'ottica conservativa che tenga conto di quanto sedimentato nelle decisioni degli altri giudici, soprattutto di quelli di grado superiore. La stessa Corte costituzionale, nel giudicare la legittimità costituzionale di una legge, terrà conto dei suoi orientamenti. Il Legislatore, a sua volta, disciplinerà la materia nell'alveo dei principi e nel rispetto delle coordinate fissate dalle sentenze. La stessa iniziativa referendaria dovrà tenere necessariamente conto dei precedenti giurisprudenziali e delle interpretazioni costituzionalmente orientate per definire i quesiti e per garantire una normativa residua equilibrata e soprattutto essa stessa costituzionalmente compatibile.

Una tendenza alla gradualità e alla modulazione la si potrebbe riscontrare anche sul piano dell'efficacia nel tempo della declaratoria di incostituzionalità⁵⁹. In generale, ciò che rileva senza ombra di dubbio come una ipotesi di incostituzionalità può, sul piano dell'efficacia nel tempo, essere dichiarata tale successivamente. Come è noto, le sentenze di accoglimento hanno efficacia retroattiva in quanto la patologica condizione prodotta nell'ordinamento dalla presenza di una norma incostituzionale deve essere completamente eliminata con un effetto equiparabile all'annullamento⁶⁰. In questo senso, pertanto, l'illegittimità costituzionale ha effetto anche sui rapporti giuridici sorti precedentemente alla declaratoria purché ancora attivi. A questa regola di carattere generale, tuttavia, la Corte costituzionale ha spesso derogato,

⁵⁹ G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 266 ss.; E. Malfatti, S. Panizza, R. Romboli, *Giustizia costituzionale*, cit., pp. 139 ss.

⁶⁰ G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, in Enc. del dir., XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 521 ss.

sollevando – tra l’altro – non pochi dubbi in merito a certe sue decisioni⁶¹. Sta di fatto, però, che l’illegittimità costituzionale, per quanto sia una situazione a cui va posto rimedio, spesso richiede delle valutazioni degli effetti che l’applicazione *tout court* della regola della retroattività può comportare sull’ordinamento giuridico nel suo complesso. Come qualsiasi operazione di risanamento, essa infatti può rendere necessario un percorso di adattamento più graduale, anche per scongiurare ipotesi limite per cui la risoluzione repentina del problema di incostituzionalità possa comportare conseguenze sull’ordinamento giuridico paradossalmente ben più gravi o comunque mettere le istituzioni nelle condizioni di dover fronteggiare problemi, in un certo senso, più complessi da gestire nell’immediato (si veda la sentenza sulla Robin tax)⁶².

Inoltre, le decisioni manipolative che hanno ad oggetto l’efficacia nel tempo dell’illegittimità costituzionale sono spesso determinate dall’intento della Corte costituzionale di far “guadagnare tempo” al legislatore, sollecitandolo ad intervenire entro un congruo termine. In altre parole, anche in questo caso si verifica una situazione singolare secondo cui la Corte, pur constatando evidenti profili di incostituzionalità, rimanda la decisione per consentire che gli stessi siano risolti in altre sedi, oppure rinviando la declaratoria a quando si saranno realizzate particolari condizioni o ne saranno venute meno altre, oppure ancora disponendo che l’incostituzionalità abbia effetto pro-futuro. In un certo senso, se si segue una visione statica della giustizia costituzionale, gli interventi manipolativi su alcune sue regole cardine possono, a rigore, risultare inaccettabili, in quanto comportano che si lascino ancora in vita norme evidentemente incostituzionali. Da una prospettiva meno statica, si comprende però la necessità, in alcuni casi, di procedere volta per volta, tenendo conto di una serie di variabili e soprattutto delle capacità dell’ordinamento giuridico, se opportunamente sollecitato, di attivare meccanismi di soluzione alternativi o comunque disporsi con le opportune misure ad acquisire gli effetti della decisione di incostituzionalità in una prospettiva di adattamento.

Senza entrare nel dettaglio delle classificazioni sulle decisioni manipolatorie che – è evidente – si determinano anche a derogare alla regola della retroattività dell’accoglimento o a differirlo nel tempo a seconda delle specifiche esigenze da fronteggiare, quel che va tuttavia rilevato è che sempre con più frequenza all’illegittimità costituzionale va posto rimedio in maniera modulata, e non sulla base di automatismi. E ciò sia nel caso in cui sia la sola Corte costituzionale a fronteggiare il problema, sia in quello in cui sulla questione ci siano interventi plurimi anche da parte di altre soggettività costituzionali, dal Legislatore ai cittadini.

⁶¹ A. Anzon, *La Corte costituzionale “esce allo scoperto” e limita l’efficacia retroattiva delle proprie pronunce di accoglimento*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 67 ss.; R. Romboli, *L’obbligo per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum Quad. cost.*, 2015.

⁶² R. Ruotolo, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle pronunce d’incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla cd. Robin Tax*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, pp. 476 ss.; in senso critico I. Massa Pinto, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2015; ed anche V. Onida, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?* in *Rivista AIC*, 1, 2016; M. Troisi, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2, 2017.

8. Adattamenti e riconfigurazioni postume del contesto normativo e sociale: qualche spunto in coda

Sempre in un'ottica integrata di risoluzione del problema di incostituzionalità, esso si dispone ad essere affrontato anche da una prospettiva sovranazionale, con il coinvolgimento di ulteriori attori istituzionali e nell'ambito di altri processi decisionali che hanno delle ricadute molto significative sull'ordinamento interno e dunque sull'assetto costituzionale. A questo proposito vanno richiamate le procedure di infrazione da parte della Corte di giustizia⁶³ che, sanzionando il legislatore nazionale per la violazione del diritto euro unitario, quale parametro interposto, e quindi degli artt. 11 e 117 Cost., consentono ad altri soggetti istituzionali "esterni" di prendere parte al processo di difesa e ripristino della legalità costituzionale violata.

Le questioni di illegittimità costituzionale, da un certo punto di vista, possono rappresentare delle occasioni per misurare la capacità complessiva degli ordinamenti giuridici di risolverle con soluzioni che non siano necessariamente riconducibili all'annullamento da parte di una Corte o di un Tribunale costituzionale. In un'ottica conservativa, ad esempio, molti risultati si possono trarre da un'attività esegetica condotta secondo parametri di adeguamento che possano salvaguardare la norma rivelandone il suo significato costituzionalmente compatibile. Più in generale, i problemi di incostituzionalità rivelano i cambiamenti dei contesti sociali e, dunque, sollecitano l'attivazione di processi di rinnovo a più ampio spettro. Una norma può, anche a lungo, risiedere in un contesto ordinamentale pur presentando potenziali profili di incostituzionalità. Fin quando, infatti, il contesto sociale la "tollera" essa, in un certo senso, è funzionale alla tenuta complessiva di quel sistema. Con il tempo, tuttavia, i contesti sociali cambiano e di conseguenza cambiano anche gli ordinamenti giuridici orientandosi verso altri tipi di obiettivi ed esigenze. Talvolta si verifica anche il fenomeno contrario e cioè che alcuni avanzamenti degli ordinamenti giuridici – magari dietro lo stimolo di contesti ordinamentali esterni – accelerino i processi di cambiamento sociale. In un'ottica, dunque, di reciproco stimolo essi attivano meccanismi di adattamento, tra cui il controllo di costituzionalità è certamente tra i più rilevanti. Esso, infatti, si pone a difesa dell'ordine costituito ma, al contempo, rappresenta una fondamentale cassa di risonanza delle istanze sociali che si vanno a sovrapporre a quelle originarie e di cui, in ogni caso, le carte fondamentali devono necessariamente tenere conto, trovando in sé stesse le sponde necessarie a sorreggerle e a adattarle ai processi di trasformazione giuridica. Una operazione così complessa non può essere prerogativa di un solo organo ma deve necessariamente essere condotta secondo un approccio plurale, attraverso cioè il coinvolgimento di più istituzioni, ciascuna delle quali deve poter funzionare come un ricevitore per intercettare nel tessuto sociale i cambiamenti e le esigenze più importanti e per fornire nei modi più opportuni delle risposte. Queste risposte, coerenti in ogni caso con il sostrato costituzionale dei principi supremi, devono poter essere elaborate adeguatamente in modo da potersi inserire nel contesto giuridico senza alterarne la struttura

⁶³ Nello specifico si attiva prima un precontenzioso su iniziativa della Commissione europea (art. 258 TFUE) nei confronti dello Stato inadempiente che costituisce un avviso di messa in mora con la possibilità di rimediare entro un congruo termine. In caso negativo, verrà attivata la procedura vera e propria di infrazione con ricorso alla Corte di giustizia ex art. 260 TFUE che darà avvio ad un contenzioso e all'irrogazione di sanzioni.

complessiva, ma al contempo in un'ottica evolutiva ispirata alla progressività. Senza, dunque, eccessivi balzi in avanti o all'indietro, ma con metodo che sappia garantire il risultato stabilmente e nel lungo periodo. Insomma, le soluzioni ai problemi di incostituzionalità devono essere sostenibili nel tempo, non limitarsi a soluzioni radicali di eliminazione dell'elemento patologico. Esse devono essere adeguatamente elaborate sulla base degli opportuni bilanciamenti e soprattutto sull'attenta osservazione di una società che si trasforma e che si connette a contesti altri, in un fitto sistema a rete che, talvolta, la decontestualizza ma, al tempo stesso, la riporta ai suoi fondamenti, ovvero a quegli elementi al tempo stesso immutabili e dinamici che, pur conservando una fedeltà identitaria originaria, si dispongono a quegli adattamenti necessari a rendere vitale l'ordinamento giuridico in funzione del mutamento.