



LE SEDI DELL'INDIRIZZO POLITICO COSTITUZIONALE E DELL'INDIRIZZO DI SISTEMA
NELL'ASSETTO ATTUALE DELLA FORMA DI GOVERNO ITALIANA
1 NOVEMBRE 2024

Evolutioni e rivoluzioni del giudizio
sulle leggi nel prisma dell'indirizzo
politico costituzionale

di Giulia Vasino
Ricercatrice di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo



Evolutioni e rivoluzioni del giudizio sulle leggi nel prisma dell'indirizzo politico costituzionale *

di Giulia Vasino

Ricercatrice di Diritto costituzionale
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

Abstract [It]: Il contributo intende indagare le più recenti evoluzioni che attraversano il giudizio di costituzionalità e le nuove caratteristiche che la funzione di garanzia esercitata dalla Corte costituzionale italiana pare manifestare nell'attuale fase, soprattutto in relazione al limite costituito dalla discrezionalità del legislatore. Collocando tale riflessione all'interno dei nodi teorici classici relativi all'indirizzo politico costituzionale e al tema dell'attuazione della Carta, l'obiettivo ultimo è quello di inquadrare i nuovi orientamenti, apparentemente mossi da impellenti esigenze garantistiche e dalla forza trainante dei "valori", nell'ottica dell'evoluzione naturale del giudizio e non il paradigma della rottura dei rapporti fra poteri: uno sviluppo capace di trovare nuove forme di auto-limitazione e di trarre dai fini intrinseci del sindacato una nuova linfa trasformativa.

Title: Evolutionary features of the judicial review of legislation in light of the constitutional political direction

Abstract [En]: The contribution intends to examine the most recent developments concerning the judicial review of legislation in Italy and the guaranteeing function of the Court, with special regard to those features affecting the political discretion of the legislative body. Taking the cue from the longstanding theoretical debate concerning the constitutional political direction ("indirizzo politico costituzionale") and the crucial issue of the implementation of the Constitution, the ultimate objective is to frame such new judicial orientation throughout a more optimistic perspective. Indeed, this evolution seems to contain the potential to identify new forms of self-limitation on the part of the Court by drawing from the constitutive features of the judicial review itself.

Parole chiave: Corte costituzionale, discrezionalità legislativa, attivismo giudiziale, indirizzo politico costituzionale

Keywords: Constitutional Court, political discretion, judicial activism, constitutional political direction

Sommario: 1. Premessa. L'evoluzione della funzione di garanzia fra attuazione della Carta, inerzia parlamentare e indirizzo politico costituzionale, *ieri*. 2. Effettività della tutela e discrezionalità del legislatore, *oggi*. 3. *Ridimensionare* il mutamento ovvero temperare l'idea di uno sbilanciamento verso l'effettività della tutela sostanziale attraverso l'analisi dell'ordinanza di rinvio a data fissa. 4. *Accettare* i cambiamenti intercorsi relativi alla discrezionalità del legislatore...senza ricadere in "diagnosi" caustiche sul rapporto fra poteri. 5. *Cogliere* la ricostruzione ossia la rifondazione delle forme di un giudizio di costituzionalità improntato ai valori. 6. Conclusioni. Verso uno sforzo di maggior coerenza processuale?

1. Premessa. L'evoluzione della funzione di garanzia fra attuazione della Carta, inerzia parlamentare e indirizzo politico costituzionale, *ieri*

L'analisi dell'attuale stato dei rapporti fra Corte costituzionale e legislatore, l'intenso dibattito sul peculiare attivismo della Consulta e sul controverso approccio manifestato dall'organo di garanzia nei confronti della discrezionalità del decisore rappresentativo si adagia senza sforzo sulla riflessione concernente

* Articolo sottoposto a referaggio.

L'indirizzo politico costituzionale, con molta più linearità se confrontata con gli altri soggetti di vertice presi in esame.

Tale connessione non è imputabile solamente alla profonda ed autoevidente interdipendenza funzionale fra i due (come autorevolmente osservato, non deve mai dimenticarsi l'ovvietà, spesso trascurata, che è il prodotto legislativo ad essere sottoposto a giudizio¹); quanto – e soprattutto – al fatto che la configurabilità e realizzazione di un indirizzo politico costituzionale evincibile dalla Carta, dotato di una sua autonomia prescrittiva, hanno plasmato la veste e i confini del sindacato, l'evoluzione delle modalità decisorie, la stessa forma e consistenza del vincolo caratterizzato dalla sfera intangibile dell'Assemblea.

Il grande nodo della “creatività” e dei limiti alle modalità decisorie della Consulta ha, dunque, risentito profondamente dello spinoso tema dell'attuazione e, soprattutto, delle tormentate “vicende applicative” che hanno influenzato l'effettività delle garanzie costituzionali, mostrando tutte le aporie e ingenuità teoriche racchiuse all'interno del modello formale del sindacato sulle leggi.

In quest'ultimo, infatti, potevano sin dalle origini intravedersi i germi dello sviluppo futuro ma, al contempo, anche le discrepanze dell'architettura ordinamentale, caratteristiche che hanno poi influito non solo sulla moltiplicazione delle tecniche di intervento ma, soprattutto, sulla emersione di una concezione articolata del significato di “funzione di garanzia costituzionale”.

Dalle fondamenta normative del sistema emergenti dalla suprema fonte e dalle leggi rilevanti in materia poteva dedursi, infatti, 1) una rigida separazione delle attribuzioni dei due organi, data la loro intrinseca diversità; 2) un'immagine monodimensionale del giudizio di legittimità, concepita come confronto meccanico fra oggetto e parametro; 3) un'implicita noncuranza circa gli effetti della declaratoria di incostituzionalità: una concezione che può dedursi indirettamente dall'assetto rigido dell'accoglimento (che non lascia spazio a forme espresse di graduazione temporale) e dalla formula tutt'altro che perentoria del secondo comma dell'articolo 136 della Costituzione².

¹ Così ricorda P. Carnevale, osservando il legame di ordine “logico-funzionale” all'interno di un rapporto delineato in termini “antagonisti”, in P. CARNEVALE, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 3/2023, p. 3.

² Difatti, nonostante l'avvicinarsi di differenti e arditi sforzi ricostruttivi, non sembra possibile prospettare l'esistenza di un obbligo giuridico gravante sul legislatore a rimediare al vuoto normativo prodotto dalla declaratoria di illegittimità. Sul punto cfr. C. BISCARETTI DI RUFFIA, *La Corte nel quadro del sistema di governo*, in *Il Politico*, vol. VI, n. 4, 1961, p. 643. Per una ricostruzione più generale in merito cfr. A. RUGGERI, *Le attività consequenziali nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 42 ss. L'A. manifesta una critica verso la tendenza a sovrapporre le due forme di inadempimento in forza del legame condiviso con il generale principio di collaborazione istituzionale. Nel primo caso si tratterebbe di una forma di collaborazione «politicamente influente ma giuridicamente irrilevante», nel secondo caso di una cooperazione correlata ad uno specifico divieto discendente dalla suprema fonte dell'ordinamento (p. 48); C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, 1970, c. 162 ss. già argomentava come l'insindacabilità dell'inadempienza si riveli un fattore che chiude il dibattito, impedendo di proseguire verso ulteriori riflessioni inerenti alla natura del vincolo. Così anche C. SALAZAR, *Guerra e pace nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive di principio quali decisioni atte a rimediare alle omissioni incostituzionali del legislatore*, in A. RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento*, cit., p. 274 nota 33 la quale suggeriva come tale limitazione potesse venire in rilievo con riferimento all'intera attività della Corte, non avendo il giudice delle

Il modello creato, tuttavia, non poneva soltanto le basi di un'articolata interazione fra organi di vertice, chiamati a far fronte all'evenienza patologica dell'incostituzionalità, ma delineava una nuova dimensione della legalità: una "macro-legalità" costituzionale che esige, però, di essere implementata.

Di fronte alla portata di tale rinnovamento si può dire, dunque, che il sindacato sulle leggi, prima di pungolare l'annosa questione dei limiti e del confine fra poteri, chiamasse in causa, – ponendone in luce la fumosità e, al contempo, la indispensabilità – uno dei principi fondanti del diritto quale quello dell'effettività della garanzia.

Nel correlare tale premessa fondamentale alla nuova dimensione normativa posta dalla Carta, appare necessario ripartire, prendendo in prestito ricostruzioni autorevoli, da quei presupposti teorici di base che afferiscono a ogni tipologia di salvaguardia apprestata, qualsivoglia sia il livello formale della fonte in questione e l'oggetto della stessa: 1) la mancanza di effettività priva qualsivoglia tutela di valore giuridico 2) una garanzia stabilita da una norma necessita «di una pratica attuazione da cui dipende l'intensità della protezione dell'interesse sottostante»³.

Tale fattore costitutivo di carattere universale non omette di riconoscere, tuttavia, che l'importanza del versante attuativo nell'espletazione di una garanzia acquisisca un ulteriore grado di complessità se riferito alle Costituzioni rigide, le quali accolgono una serie di dichiarazioni di principio e stabiliscono la tutela dei diritti. Anzi, è noto che la peculiare configurazione delle norme costituzionali renderebbe tale dimensione tanto più delicata quanto necessaria, qualificando come indispensabile il concreto invero delle stesse⁴. In termini differenti, si potrebbe dire che se vige, nella dimensione della legalità ordinaria, il già menzionato concetto fondante per cui «nessuna tutela può dirsi effettiva in senso ordinario se le norme che la prevedono non trovano adeguata attuazione nella prassi»⁵, il problema si pone ancora di più in relazione alla macro-legalità costituzionale: in questa sfera si porrebbe, al contempo, un principio di intolleranza all'inattuazione e, data la valenza dei principi e dei diritti in gioco connotati

leggi la disponibilità degli effetti delle proprie decisioni. Inoltre, anche qualora si valutassero ipotesi alternative quale, ad esempio, la via del conflitto di attribuzione di fronte alla Corte stessa per omissione del legislatore, non si andrebbe a porre rimedio alla questione originaria, anzi andrebbe a emergere la problematica che si esprime in relazione a tutti i conflitti di tipo negativo.

³ Nel porre tali presupposti teorici si prende come modello il paradigma elaborato da Silvestri, le cui posizioni relative al rapporto fra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali sembrano aver attraversato uno sviluppo profondo se elaborate attraverso gli occhi dello studioso o di componente del collegio dell'organo di garanzia, proponendo così una concezione evolutiva del sistema, cfr. G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, p. 7.

⁴ Sul punto cfr. C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 40-41 il quale postulava la medesima forza assolutizzante di tutti i valori costituzionali, la quale verrebbe indubbiamente ad indebolirsi se venissero in rilievo limiti materiali o temporali alla loro affermazione.

⁵ G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 10.

da naturale astrattezza, un'estesa e difficilmente delineabile discrezionalità in sede applicativa del soggetto attuante⁶.

In tale scenario, dunque, l'affermazione della Carta si sarebbe dovuta realizzare non solo mediante la sua osservanza e applicazione ma, secondo questa concezione, anche attraverso un processo di inveroamento la cui responsabilità veniva idealmente posta a carico del legislatore. Quest'ultimo sarebbe stato quindi il primario titolare di un indirizzo politico legislativo funzionalizzato al raggiungimento degli scopi costituzionalmente prescritti⁷.

Tuttavia, tale responsabilità attuativa e ricostruttiva non ha avuto, com'è noto, lineare riscontro nella dimensione reale⁸. La tanto dibattuta "supplenza" dell'organo di garanzia si è rivelata conseguenza dell'acquisizione, sul fronte giuridico e di principio, dell'intrinseca vocazione espansiva del dettato costituzionale e, sul fronte fattuale e applicativo, della parziale abdicazione a tale ruolo da parte della sua controparte⁹.

È innegabile, tuttavia, che tale configurazione del ruolo del giudice delle leggi risulti comprensibilmente ambigua. La compartecipazione all'affermazione del valore della Costituzione diviene compatibile con l'assetto istituzionale nel momento in cui sia reale svolgimento di un indirizzo direttamente evincibile dalla stessa. Ancora una volta la credibilità di questa teoria si fa forza della fiducia nel Costituente e nella sua abilità di aver effettivamente sublimato il pluralismo valoriale in un ordine omogeneo che possa essere davvero concretizzato¹⁰.

Sin dal momento dell'entrata in funzione della giustizia costituzionale, nell'esercizio della sua azione di controllo, la Corte si è quindi trovata divisa fra confliggenti istanze che potrebbero così sommariamente riassumersi: 1) l'essere tenuta ad assicurare una piena attuazione e vigenza dei principi costituzionali¹¹; 2)

⁶Alcune di tali riflessioni sono state riprese, più recentemente, in G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, in *Sistema penale*, 16 maggio 2024, spec. p. 5. Per un approfondimento della critica, di origine kelseniana, alla teoria di una rigida classificazione delle funzioni statali v. F. MODUGNO, *La funzione legislativa, oggi*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, p. 3 ss.

⁷V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995, p. 159 ss.

⁸Sul piano teorico emerge una Corte "militante" la quale, proprio per la natura e sensibilità che la connota, è chiamata ad agire attivamente ogni qual volta il legislatore si allontani da quell'indirizzo politico costituzionale o si astenga dall'inverarlo. Su tali premesse si costruirebbe una visione che giustifica l'espansione delle modalità decisionali del giudice costituzionale e ne guarda con favore l'intervento in presenza di lacune e di discipline che non assicurino un'adeguata tutela del bene giuridico protetto o modifichino *in peius* la situazione rispetto al periodo della sola vigenza della disposizione costituzionale, senza che tale condotta possa essere assimilata ad un'"opera legislativa", in C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro italiano*, IX, 1970, p. 171.

⁹È noto come Leopoldo Elia abbia argomentato come tale azione di supporto, ispirata a una concezione "fluida" dei ruoli istituzionali, si sia dimostrata audace e di forte impatto, cfr. L. ELIA, *Corte costituzionale: interpretazione e difesa della Costituzione*, in *Rassegna parlamentare*, 1969, p. 190 ss.

¹⁰C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia veneziana, 1984 (ristampa Napoli, Editoriale scientifica, 2014), p. 95.

¹¹G. AZZARITI, *La posizione della Corte nell'ordinamento costituzionale italiano*, in AA.VV., *Studi sulla Costituzione*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 49.

l'intollerabilità di vuoti ordinamentali persino più lesivi del *vulnus* originario¹²; e, soprattutto, 3) la consapevolezza di non potersi ergere a «taumaturgico rimedio» della legalità costituzionale violata, salvo in alcuni casi, a causa dell'indefettibilità dell'intervento ricostruttivo del legislatore¹³;

La soluzione posta in essere dall'organo di garanzia sembra essersi caratterizzata per la ricerca di un compromesso tra tali tensioni e necessità, un contemperamento in favore del quale non venivano certo in aiuto neppure le scarse disposizioni concernenti l'efficacia delle decisioni di annullamento¹⁴.

L'azione surrogatoria della Consulta e lo sviluppo di un sindacato di costituzionalità differente da quello immaginato costituirebbe, dunque, il prezzo del distacco fra teoria e realtà, il risultato del fatto che «un'istanza istituzionale si è fatta ragionevolmente carico delle inadempienze dell'altra, in modo *teoricamente scorretto ma pienamente efficace* (corsivo aggiunto)»¹⁵.

Tale allontanamento dalla bidimensionalità della formula ideale sembra aver determinato, tuttavia, un rimodellamento della funzione di garanzia nella sua ontologia. Quest'ultima avrebbe cessato di avere una natura binaria di controllo “in negativo” per accogliere una forma articolata e “positiva”. Più precisamente, il sindacato sfuggirebbe alla formula meccanica di “verifica della violazione” per acquisire la veste di giudizio sulla «sussistenza di quella dose di adeguatezza, congruenza e proporzionalità» che devono esistere affinché la tutela costituzionale possa dirsi effettiva¹⁶. I parametri della questione, dunque, evolvono, andando oltre dicotomiche alternative fra compatibilità/incompatibilità, per aprire a una dimensione flessibile di legittimità costituzionale e a un nuovo paradigma, quello che si fonda sulla «sostenibilità della difformità», imperniata su differenti livelli di tolleranza all'inattuazione a loro volta ispirati a criteri di ragionevolezza¹⁷.

¹² Quella che G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in AA.VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 224 definiva attenzione per l'“impatto ambientale” delle decisioni.

¹³ L'espressione fu adoperata dal Presidente Azzariti nel discorso di apertura ai lavori della Corte nel 1957: «non vada delusa l'ingenua fiducia di coloro che forse attendono dalla Corte costituzionale il taumaturgico rimedio per loro infiniti mali remoti e recenti. Soltanto il legislatore può rinnovare la legislazione adeguandola alle esigenze sociali attuali perché soltanto nel Parlamento possono trovare pieno svolgimento, in una perenne dialettica, tanto le ansie di rinnovamento quanto le preoccupazioni di conservazione. La Corte non ha a sua disposizione mezzi sufficienti per adeguare la legislazione pre-costituzionale, quanto meno in senso positivo», cfr. G. AZZARITI, *Discorso del Presidente Azzariti nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, p. 883.

¹⁴ Dall'art. 136 Cost. si potrebbe trarre, secondo la maggioranza della dottrina, un unico chiaro significato prescrittivo: l'inidoneità delle norme dichiarate illegittime a produrre effetti giuridici. Fra il momento della declaratoria dell'incostituzionalità e l'annullamento della norma esisterebbe una piena sovrapposizione non aggirabile mediante soluzioni ermeneutiche alternative; sul punto v. G. SILVESTRI, *Effetti normativi ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale: due aspetti dello stesso problema*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, cit., p. 45 ss.; in senso differente v. A. PIZZORUSSO, *Soluzioni tecniche per graduare gli effetti nel tempo delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 90.

¹⁵ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, cit., p. 120.

¹⁶ G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 387.

¹⁷ F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, p. 116 ss.

La concezione «graduale e graduabile» della legittimità costituzionale¹⁸ – e della stessa azione di controllo svolta dalla Corte – sembra dunque essere proiezione, in primo luogo, della peculiare configurazione dei principi della suprema fonte, i quali, costituendo una traduzione positiva dei valori, sarebbero di per sé dotati di una vocazione espansiva: un *surplus* di contenuto prescrittivo che richiede una valutazione di conformità che non può esaurirsi alla dimensione valutativa binaria¹⁹; ma, contestualmente, risente anche alle peculiari “vicende applicative” che l’affermazione del dettato della Carta incontra *ab origine* e che vedono l’organo di garanzia acquisire un ruolo compensativo rispetto al soggetto politico-rappresentativo.

Osservati gli elementi della questione attraverso questa lente, dunque, sembra potersi dedurre che la peculiare natura della fonte, così come gli elementi fattuali che hanno inciso sulla sua attuazione, abbiano condotto il concetto di effettività verso una nuova complessità con riferimento alla dimensione della tutela costituzionale. Prendendo ancora una volta il modello valutativo coniato dallo stesso ex giudice costituzionale Silvestri, si potrebbe dire nella sfera della macrolegittimità costituzionale la “misura” dell’effettività avrebbe luogo mediante una traiettoria che muove dal basso verso l’alto, volta a valutare se la legge incorpori quel minimo livello di garanzia prescritto dal principio costituzionale di cui costituisce svolgimento, così come secondo una linea direzionalmente opposta, la quale esigerebbe che i soggetti designati assicurino un continuativo adeguamento della disciplina vigente ai requisiti costituzionalmente prescritti²⁰. Ciò implica, appunto che, in caso di un’ accertata mancanza degli *standard* minimi, appaia necessario un processo di innovazione normativa di diverso grado ed intensità²¹.

Da ciò se ne deduce che lo stesso concetto di effettività evolva da metacriterio implicito sotteso a qualsivoglia tutela giuridica a un metaprincipio verso la cui massimizzazione si orienta il giudice delle leggi all’interno di una cornice caratterizzata da ostacoli operativi e sistemici.

Sopra tutti si segnala l’assenza di canoni orientativi universalmente validi e applicabili a qualsivoglia principio o situazione soggettiva che possano consentire di definire “non giuridicamente effettivo” un

¹⁸ *Ibidem*. Sul punto cfr. altresì A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l’incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Rivista “Gruppo di Pisa”*, 3/2019, p. 102 ss.; l’A. riprende più compiutamente queste tematiche all’interno del più recente lavoro monografico, cfr. A. GIUBILEI, *Discrezionalità legislativa e garanzia della Costituzione. Omissioni e inerzia del legislatore dinanzi alla Corte costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023.

¹⁹ F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, cit., p. 197. Per una ricostruzione alternativa del “valore” della Costituzione si rimanda, *ex multis*, a A. RUGGERI, *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in *dirittifondamentali.it*, 1/2020, p. 194 ss. il quale, appunto, contrappone anche una visione “liberistica” della forza normativa della Costituzione.

²⁰ G. SILVESTRI, *L’effettività e la tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 11.

²¹ Una torsione logica e giuridica su cui si esprime negativamente anche in uno scritto recente A. MORRONE, *Positivismo giudiziario. Appunti a partire dalle c.d. omissioni legislative*, in *Quad. cost.*, 1/2024, spec. p. 154, in cui viene criticata l’evoluzione che ha condotto a sovrapporre lacune ed omissioni, argomentando come nella fase attuale si sia oramai in presenza di un superamento di un positivismo legalistico in favore di un positivismo “giudiziario”.

principio o un diritto fondamentale. La fissazione della linea di demarcazione oltre la quale possa univocamente dedursi una carenza che supera una certa soglia di gravità, non assicurando la permanenza di quel nucleo minimo di tutela che la norma costituzionale esige, rimane una complessa operazione valutativa che chiama in causa massimamente la discrezionalità dell'interprete. Ne consegue che «l'effettività in senso costituzionale dipende dalla complessa interazione fra funzione normativa del legislatore e funzione di garanzia del giudice delle leggi (...)»²². Quest'ultima, come evidenziato, opera tuttavia all'interno di ben delimitati e costrittivi vincoli funzionali di cui la formula posta dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953 costituisce suprema ed emblematica espressione.

2. Effettività della tutela e discrezionalità del legislatore, oggi

Sviluppate tali premesse teoriche, appare dunque possibile (ri)partire da un primo presupposto. Osservato in tale ottica, lo sviluppo delle tecniche decisorie del giudice costituzionale risulterebbe non solo il precipitato concreto e operativo di quell'anima politica insita all'interno di una giurisdizione *sui generis* quale la Corte; quanto una più complessa “questione di interpretazione”, ossia del come l'organo di garanzia, trainato verso l'obiettivo di assicurare *effettivamente* tutela costituzionale, abbia nel corso del tempo rimodellato la linea di demarcazione oltre la quale la “non conformità” appare non più tollerabile, ridefinendo specularmente, in modo più o meno rigoroso, la formulazione del vincolo della discrezionalità del legislatore.

Per tal ragione, appare condivisibile la tesi secondo la quale tutte le formule decisorie, dalle interlocuzioni monitorie *soft* alle più complesse decisioni paralegislative, possano essere considerate manifestazione tangibile della diversa concezione della funzione di supplenza²³; tale autolettura ha favorito l'elaborazione della nota oscillazione fra *self-restraint* e attivismo, una categorizzazione della condotta dell'organo che però afferisce, come autorevolmente osservato, più propriamente alla dimensione sociologica²⁴.

Differentemente, in chiave giuridica, il progressivo sviluppo dell'auto-interpretazione del suo ruolo surrogatorio in presenza delle inadempienze parlamentari si è tradotto in un differente sforzo ermeneutico circa il rigore da attribuire al limite processuale della intangibilità della sfera legislativa. In tal modo, il giudice costituzionale avrebbe progressivamente rimodulato il punto di equilibrio fra due termini – l'esigenza di render giustizia costituzionale e il limite della discrezionalità del decisore politico – che,

²² *Ivi*, p. 12.

²³ Per una disamina di questa ottica relativa alle diverse modalità di manifestazione della supplenza cfr. A. PIZZORUSSO, *Art. 134*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma-Bologna, Zanichelli-Società editrice del Foro italiano, 1981; A. RUGGERI, *Corte e organi di indirizzo politico*, in *La Corte costituzionale compie cinquant'anni*, in *Il Foro italiano*, V, 2006, c. 315.

²⁴ Così M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 201.

pur non essendo in contraddizione l'uno rispetto all'altro si dimostrano, tuttavia, sovente in opposizione negli equilibri del giudizio di legittimità²⁵.

Nell'avvicinarsi di tale processo, le operazioni normative con cui il giudice costituzionale non si limita a dichiarare ciò che non è conforme ma anche ciò che il legislatore dovrebbe prevedere hanno rappresentato, com'è noto, un momento cruciale. Nell'evoluzione degli strumenti decisori della Corte hanno infatti suscitato particolare clamore quelle pronunce dal carattere auto-applicativo, definite «sentenze legge», dotate di un'immediata capacità prescrittiva senza la necessità dell'intervento di un altro soggetto²⁶.

Le maggiori criticità sollevate in riferimento alla giurisprudenza manipolativa, soprattutto di tipo additivo e sostitutivo, sono tanto rilevanti quanto ben note: gli strumenti elaborati dalla Corte ai fini di incidere in modo così profondo sul tessuto legislativo trascenderebbero i limiti funzionali dell'organo di garanzia, il quale andrebbe ad esercitare una competenza para normativa che ad esso non appartiene²⁷.

Ma quel che rileva, in questa sede, con riferimento alle pronunce in questione non sono tanto i presupposti giustificativi posti alla loro base, quanto il fatto che le stesse, al di là delle perplessità più o meno argomentate avanzate sin dal loro primo utilizzo, hanno rappresentato comunque, sotto il profilo processuale, non solo la legittimazione di slanci di creatività ma altresì un momento di irrigidimento del punto di bilanciamento fra effettività della garanzia e limite della discrezionalità del decisore politico. Tale soluzione ha goduto di una solidità pluriennale, poiché stabilmente imperniato sull'intelligente espediente processuale delle rime obbligate.

A ben vedere, il paradigma di intervento forgiato dalla lungimirante riflessione del Crisafulli affonderebbe le proprie radici logiche nella natura intrinseca della funzione giurisdizionale dell'organo di garanzia, chiamato ad interpretare ed applicare una norma predeterminata. In accordo a tale presupposto, com'è noto, nell'ipotesi in cui venga dichiarata incostituzionale un'omissione, il collegio non farebbe altro che procedere all'ampliamento dell'operatività di una norma vigente, l'unica idonea a colmare il vuoto, aprendo ad un processo reintegrativo basato sui principi nel quale si attingerebbe anche al significato

²⁵ F. MODUGNO, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, cit., p. 141.

²⁶ Sul tema si rimanda alle risalenti ma classiche riflessioni di C. LAVAGNA, *Sulle sentenze "additive" della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di G. Ambrosini*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1970, p. 1131 ss.; si confrontino anche L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale (ottobre 81-luglio 85)*, in AA.VV., *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, p. 302 ss. e N. PICARDI, *Le sentenze "integrative" della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1977, p. 597 ss.; A. PREDIERI, *Parlamento 1975*, in A. PREDIERI (a cura di), *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, Milano, Edizioni di comunità, 1975, p. 69.

²⁷ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2004, p. 35. Tale lettura, peraltro, non ha resistito alle critiche anche se posta in relazione al ruolo di un altro soggetto, il giudice comune. Se la regola di diritto viene evinta dal dettato costituzionale, si contestava il monopolio ermeneutico che la Corte pareva volersi riservare rispetto al ruolo degli altri organi giurisdizionali. Sul punto, in particolare cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 302 ss; in senso altrettanto critico v. Cfr. G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale italiana e la sua partecipazione alla funzione di indirizzo politico dello Stato nel presente momento storico*, in *Jus*, 1967, p. 111 ss.

prescrittivo dello stesso parametro violato. In tale rigoroso percorso ermeneutico, verrebbe scongiurata, quindi, qualsiasi tentazione di esercizio di discrezionalità parificabile a quella dell'organo legislativo²⁸, poiché il giudice costituzionale non inventerebbe alcunché²⁹ ma, come sottolineato, si limiterebbe a “estendere, esplicitare o specificare” il giuridicamente esistente³⁰.

Tracciati i termini della questione, si può dunque asserire che la “famigerata” fantasia decisoria del giudice delle leggi si sia arroccata per tradizione su due grandi ordini di “attenuanti”³¹. Da un lato, è stata valorizzata l'ineluttabilità delle soluzioni creative della Corte, spinte dall'esigenza di adeguamento del tessuto legislativo al dettato costituzionale³². Al contempo, si è trovato nella giurisdizionalità del suo agire una significativa rassicurazione. Sebbene proiettato verso un utilizzo elastico degli istituti processuali, il giudice costituzionale avrebbe trovato in essi e nella continuità e coerenza della loro applicazione un'importante forma di auto-contenimento. La peculiarità del sindacato svolto dalla Corte, agente nella «nebbia fitta del politico», non esonererebbe il custode della Costituzione dal rispetto delle regole del processo³³. La condotta del collegio sarebbe stata dunque ispirata dalla ricerca costante di un punto di equilibrio fra il *favor Constitutionis*, che giustifica un uso ampiamente discrezionale dei mezzi adoperati, e il rispetto dei limiti procedurali e istituzionali propri di un organo giurisdizionale, fra i quali primeggia il divieto posto dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953³⁴.

²⁸ Questo elemento è andato incontro ad ulteriori specificazioni a livello giurisprudenziale laddove più volte la Corte affermava (almeno fino alle evoluzioni e cambi di rotta argomentativi intercorsi nella nuova fase della giustizia costituzionale) come la presenza di più soluzioni percorribili precludesse operazioni di questo tipo: «una decisione di tipo additivo è consentita soltanto quando la soluzione adeguatrice non debba essere frutto di una valutazione discrezionale, ma consegua necessariamente al giudizio di legittimità, sì che la Corte in realtà proceda a un'estensione logicamente necessitata e spesso implicita nella potenzialità interpretativa del contesto normativo in cui è inserita la disposizione impugnata. Quando, invece, si profili una pluralità di soluzioni, derivanti da varie possibili valutazioni, l'intervento della Corte non è ammissibile, spettando la relativa scelta unicamente al legislatore» (sentenza n. 1107 del 1988). Ugualmente «nella fattispecie in esame non è anzitutto ravvisabile una conclusione costituzionalmente obbligata (...) palesandosi, piuttosto, una pluralità di criteri risolutivi che, in astratto, si possono tutti prospettare come praticabili».

²⁹ In merito al significato e alla natura dell'operazione effettuata dalla Corte si richiama, ancora una volta, P. CARNEVALE, *Tre variazioni sul tema*, cit., il quale, “giocando” proprio sulla ricchezza semantica del verbo latino “*inventio*”, evidenzia come la Corte compia un'azione che rispecchia il significato originario del termine ossia quello di “reperire” qualcosa di già esistente e non di “creare dal nulla”, accezione oggi più diffusa e che più sarebbe adatta a qualificare la condotta del legislatore (p. 16).

³⁰ V. CRISAFULLI, *La Corte ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 84.

³¹ Cfr. V. MARCENÒ, *La sdrammatizzazione del potere creativo della Corte costituzionale come discrezionalità nella scelta dei mezzi in funzione dell'adaequatio*, negli scritti di Leopoldo Elia, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, p. 3566 ss.

³² Si richiama l'autorevole ricostruzione di L. ELIA, *Il potere creativo delle Corti costituzionali*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, Cedam, 1988, p. 217 ss.

³³ V. ANGIOLINI, *Processo giurisdizionale e processo costituzionale*, in *Il Foro italiano*, I, 1995, p. 1090.

³⁴ La scelta della Corte italiana di procedere per «scorciatoie» e di far ampio uso delle additive in presenza della «qualificata» inerzia del Parlamento veniva evidenziata da L. ELIA, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 305 ss.

Quest'ultimo, a sua volta, avrebbe assunto una forma in forza della cristallizzazione determinata dall'acuta dottrina, poi consolidata per via giurisprudenziale: mediante tale definizione si sarebbe dunque tracciato un limite oltre il quale l'azione garantistica della Consulta, mossa dall'esigenza di assicurare l'effettività dei principi della suprema fonte – senza determinare situazioni di maggior illegittimità – possa esercitarsi in accordo con il limite posto dall'art. 28, presidiandolo attraverso un vincolo che ha assunto una sua autonomia e prescrittività all'interno del processo costituzionale.

Oggi, tuttavia, la questione si inserisce all'interno di un dibattito dai contorni inediti. La questione, infatti, non appare più inquadrabile nella cornice della fisiologica flessibilità delle maglie del giudizio di costituzionalità. Al contrario, essa si trova infatti a fare i conti con l'incombenza della “rottura” degli argini posti a presidio dell'esercizio della funzione e con il grande nodo del presunto “sconfinamento” in territori afferenti allo spazio politico-legislativo³⁵. La riflessione scivolerebbe, dunque, in un contesto giurisprudenziale in cui l'auto-interpretazione dei limiti del giudizio ad opera dell'organo di garanzia sarebbe pervenuta ad uno scenario nuovo. Dopo anni di ricerca di un faticoso equilibrio fra rispetto del vincolo della discrezionalità legislativa e la necessità di non abdicare al proprio ruolo, la Corte sarebbe giunta ad una fase in cui l'esigenza di ripristinare la legalità costituzionale in modo tempestivo, senza dover operare una rinuncia motivata dalle incertezze e reticenze del Parlamento, avrebbe assunto una vocazione indubabilmente interventista.

Tale momento di svolta assume, inoltre, sfumature ulteriori. Lo sviluppo che viene posto attualmente sotto la lente del costituzionalista non atterrebbe soltanto al percettibile maggior attivismo – che si ripercuote inevitabilmente sul tema dell'interpretazione delle previsioni inerenti al processo costituzionale stesso – ma chiama specificamente in causa anche la volizione intrinseca sottesa all'attivismo della Corte. Difatti, all'interno di questo percorso evolutivo caratterizzato da spinte centripete, lo scopo di “render giustizia” e di fornire una più solida tutela ai diritti del singolo avrebbe acquisito una posizione chiave nel processo di *self-empowerment* della Consulta³⁶. Il filo rosso che andrebbe a unire i nuovi confini del

³⁵ Fra le voci più critiche si ricordano A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, p. 251 ss.; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 3/2021, p. 86 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 *Giustizia insieme*, 2019, nelle quali gli autori esprimono giudizi poi argomentati ulteriormente in lavori successivi.

³⁶ Si sarebbe in presenza, dunque, di una linea di sviluppo differente rispetto a quella intrapresa, sotto molti aspetti, nel decennio precedente, nel quale la principale funzione della Corte, quella di garante dei diritti e delle libertà, appariva recedere di fronte all'accoglimento di logiche di decentramento in favore dei giudici comuni e delle Corti sovranazionali, v. B. CARAVITA, *Introduzione*, in B. CARAVITA (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: La Corte tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, Jovene, 2012, p. 1 ss.; in merito al tema del noto “riaccentramento”, ricostruito nelle sue varie direttive e sedi di espressione, si vedano D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020; S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, spec. p. 210 ss.

sindacato della Corte sembra proprio muovere dal presupposto per cui la lentezza della controparte politica non possa più giustificare una procrastinazione eccessiva della tutela dei diritti fondamentali dei singoli³⁷. Acquisterebbe, dunque, un protagonismo inedito non solo la natura bifronte della Corte, divisa fra anima politica e anima giurisdizionale, ma anche la sua duplicità funzionale, oscillante fra il ruolo del giudice delle leggi e quello di giudice dei diritti.

L'orientamento dell'attuale fase della giustizia costituzionale, che ha acceso un dibattito estremamente polarizzato fra detrattori e sostenitori del nuovo “volto” decisionista della Corte³⁸, non rappresenterebbe, peraltro, solamente un fenomeno affermatosi in modo tacito e ricostruito *a posteriori*, cogliendo nuove costanti del *modus operandi* della Corte, ma l'espressione di un inedito approccio garantista al quale il collegio ha fatto espresso riferimento.

In presenza di un contesto istituzionale e giurisprudenziale in evoluzione, appare opportuno trarre delle coordinate riflettendo sugli elementi alla radice. L'innovazione descritta si misura, infatti, come emerge ormai dall'exasperato e prolungato dibattito sul tema, su due grandi elementi di novità: 1) l'emersione dell'ordinanza di rinvio a data fissa, altrettanto nota come formula di incostituzionalità prospettata, qualora si intenda prendere a riferimento la definizione più “istituzionale” coniata dall'allora Presidente

³⁷ Sono risultate esemplificative, com'è noto, per l'inquadramento di questa nuova attitudine, le parole di M. CARTABIA, *Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2019*, in www.cortecostituzionale.it, 2020, p. 8 ss.

³⁸ Fra le argomentazioni più critiche che hanno partecipato all'acceso dibattito sul tema si richiamano, ancora una volta, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, p. 251 ss.; N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *federalismi.it*, 3/2021, p. 86 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 *Giustizia insieme*, 2019.

della Corte Lattanzi³⁹; e 2) il rilevante affievolimento o temperamento del limite delle rime obbligate nell'esercizio della azione manipolativa di tipo additivo⁴⁰.

Il filone giurisprudenziale caratterizzato da nuove forme di interventismo ad opera del giudice delle leggi costituisce, senza dubbio, una fase di passaggio epocale: uno sviluppo segnato dal predominio dell'effettività della tutela all'interno del meccanismo dell'incidentalità, con costi inediti per il bilanciamento in gioco. Questa evoluzione ha impresso notevoli sconvolgimenti nella configurazione del sindacato e alla stessa essenza del magistero costituzionale e, in ultima istanza, sui delicati equilibri fra la Corte e il legislatore.

Nonostante la patente pervasività delle innovazioni in gioco, si reputa opportuno sviluppare delle riflessioni che, guardando alle profonde evoluzioni caratterizzanti l'agire della Corte nei confronti del decisore rappresentativo e ai nodi classici della funzione di garanzia sopraevdenziati, tentino di muoversi lungo tre direttrici argomentative chiare: ridimensionare il mutamento, accettare i cambiamenti intercorsi, cogliere l'essenza della ricostruzione procedurale *in fieri*.

³⁹ G. LATTANZI, *Corte costituzionale-Riunione straordinaria del 21 marzo 2019, Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, in www.cortecostituzionale.it, 2019, p. 12. Le definizioni elaborate in occasione della pubblicazione dell'ordinanza sono comunque molteplici. Se ne richiamano alcune (senza pretese di esaustività): M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, ESI, 2019, p. 1 usa l'espressione «incostituzionalità differita»; R. ROMBOLI, *Il «caso Cappato»: una dichiarazione di incostituzionalità «presa, sospesa e condizionata», con qualche riflessione sul futuro della vicenda*, in *Il Foro italiano*, VI, 2019, p. 1892 parla di «incostituzionalità sospesa e condizionata»; G. SORRENTI, *Etwas Neues unter der Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore. In margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 3/2018, p. 711 ss. la definisce «sospensiva dell'annullamento»; G. REPETTO, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, p. 2464 parla di una pronuncia «anticipatrice di incostituzionalità»; C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019, p. 568 usa il termine «incostituzionalità-ombra»; C. TRIPODINA, *Le non trascurabili conseguenze del riconoscimento del diritto a morire "nel modo più corrispondente alla propria visione di dignità nel morire"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, p. 1 parla di un'«ordinanza-delega»; S. PENASA, *Il "seguito" dell'ordinanza 207: mutamento (nella continuità) di paradigma costituzionale e (necessaria) leale collaborazione tra poteri*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, p. 3 utilizza la definizione «ordinanza di illegittimità annunciata ma non dichiarata»; G. SERGES, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio? Prime riflessioni interlocutorie sulla possibile delimitazione degli effetti temporali delle pronunce interpretative della corte costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, p. 38 usa l'espressione «pronuncia monitoria rinforzata»; F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, p. 1 nota 1 la definisce «decisione di incostituzionalità prospettata ma non dichiarata con contestuale "messa in mora" del legislatore».

⁴⁰ Fra coloro che hanno espresso una visione più positiva di tale evoluzione, procedendo a un inquadramento e a una sistematizzazione dei nuovi "versi decisorii", si veda M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, 1/2020, p. 53 ss., ripreso anche in M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?*, in *federalismi.it*, 3/2021, p. 54 ss. Si richiama altresì la nota riflessione, più di principio, ma tuttavia inquadrabile in un filone che ha accolto con favore tali innovazioni, di G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2020, p. 8 ss.

3. **Ridimensionare il mutamento ovvero temperare l'idea di uno sbilanciamento verso l'effettività della tutela sostanziale attraverso l'analisi dell'ordinanza di rinvio a data fissa**

La modalità decisionale bifasica inaugurata dalla Corte con la formula Cappato costituisce, senza dubbio, uno sviluppo sì portata epocale rispetto alle questioni alla radice evidenziate in apertura. La primarietà logica dell'intervento parlamentare risulterebbe, infatti, temporalmente condizionata, poiché circoscritta dall'emanazione di un monito avente una scadenza prefissata, una sollecitazione che non pare più far affidamento sulla generica disponibilità del Parlamento all'adempimento⁴¹. Allo scadere del termine prescritto, l'eventuale mancata sopravvenienza di una disciplina, ovvero l'impossibilità di un'«imminente» approvazione di una legge da parte delle Camere, legittimerebbe il collegio a procedere all'annullamento, suggellando il «legame genetico» fra pronunzia sospensiva e accoglimento⁴².

Volendo addentrarsi nella logica intrinseca dell'opzione decisoria con effetti differiti, si potrebbe affermare che la stessa incida primariamente sulla dimensione temporale della declaratoria di incostituzionalità: essa può definirsi, piuttosto, come una formula di modulazione degli effetti *sui generis* che chiama in causa *in primis* la limitazione posta dal combinato disposto dell'art. 136 e dell'art. 30 della legge n. 87 del 1953 e, solo secondariamente, il vincolo posto dall'art. 28. Anche con riferimento allo spazio del decisore politico, inoltre, sembrerebbe ragionevole asserire che l'elemento della discrezionalità che viene ad essere intaccato in prima battuta risulti essere quello temporale – l'*an* e il *quando* – e solo secondariamente (*rectius* conseguenzialmente) quella del contenuto – il *quomodo* dell'azione politico-rappresentativa. Verrebbero in soccorso, quindi, quelle posizioni dottrinarie, espressamente corroborate dalla giurisprudenza della Consulta stessa, secondo le quali anche l'imposizione di un termine per l'adempimento rappresenterebbe un anomalo «*mandamus*» all'Assemblea parlamentare in quanto l'essenza della discrezionalità legislativa si sostanzierebbe, per citare le parole della Consulta stessa, «non solo nella determinazione di cosa approvare, ma anche nella determinazione di quando approvare»⁴³.

⁴¹ Tale cambio di direzione fa riecheggiare le risalenti e autorevoli osservazioni critiche concernenti la natura e l'efficacia delle sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata – definite, non casualmente, pronunce di incompatibilità – rispetto alle quali si parlava di una Corte che si limitava a minacciare di «doppiare» la vecchia pronuncia di infondatezza con un successivo accoglimento, in R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (1990-1992), Torino, Giappichelli, 1993, p. 188 ss.

⁴² A. RIDOLFI, *Un nuovo tipo di doppia pronuncia: la via italiana alla Unvereinbarerklärung? (osservazioni su Corte costituzionale, ordinanza n. 207/2018 e sentenza n. 242/2019)*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 3/2019, p. 21. È diffusa l'idea, infatti, dopo un primo smarrimento iniziale concernente la natura della connessione intercorrente fra le due decisioni, che le pronunzie costituiscano piuttosto fasi di un medesimo giudizio. Appare a tal proposito calzante, data la struttura della formula, prendere in prestito l'osservazione di Vezio Crisafulli che, già nel riferirsi alla cosiddetta doppia pronuncia, parlava di due decisioni in successione come fossero «due facce, intervallate nel tempo, di una sola ed unica soluzione della stessa questione di legittimità costituzionale», in V. CRISAFULLI, *Il "ritorno" dell'art. 2 della legge di pubblica sicurezza dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, p. 896 ss.

⁴³ G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce d'incostituzionalità: possibilità e limiti*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 201. L'opinione dell'Autore fu espressa, con evidenti toni polemici, in relazione a una questione sollevata dal TAR Lombardia (ordinanza 28 febbraio 1988) che censurava anche l'art. 27 della legge n. 87 nella parte in

Poste tali premesse, si reputa altrettanto logico asserire che, per cogliere realmente la volizione intrinseca all'opzione decisoria e avanzare, di conseguenza, conclusioni circa l'effetto sistemico prodotto dalla decisione, appaia più proficuo valutare il modo in cui la formula è andata consolidandosi per via giurisprudenziale. Più chiaramente, per quanto l' "esordio" decisorio abbia mostrato un indubitabile fascino ricostruttivo – anche in forza della delicatezza della materia eticamente sensibile *sub-iudice* – lo sviluppo che la modalità decisionale ha intrapreso mediante le due soluzioni dialogiche successive, originate dalle ordinanze n. 132 del 2020 e n. 97 del 2021, consente di enuclearne le finalità intrinseche. Si ritiene, infatti, che l'osservazione degli assetti raggiunti per via pretoria temperi più efficacemente quella visione che induceva a ritenere l'espedito processuale adoperato dalla Consulta come un'opzione che ha segnato il "trionfo" dell'effettività sul rispetto dei ruoli, denunciando uno sbilanciamento che danneggerebbe il rispetto della discrezionalità del legislatore.

Le vicende relative al reato di diffamazione a mezzo stampa e all'ergastolo ostativo consentirebbero dunque di ammorbidire, a parere di chi scrive, l'idea che il percorso di perfezionamento delle tecniche decisorie trainato dal "peso" sempre maggiore dei diritti e valori in gioco, sia giunto ad una frattura che segna realmente la subordinazione dei vincoli processuali alle esigenze di tutela sostanziale: la prova applicativa dipanerebbe, dunque, l'ambiguità della formula, rivelando così come l'alternativa simbolica del pendolo fra discrezionalità-effettività della garanzia non produca un'oscillazione poi così manichea. In primo luogo, la "seconda prova" dell'incostituzionalità prospettata (costituita dal binomio decisorio nn. 132/2020-150/2021) rappresenta indubbiamente una manifestazione più equilibrata di tale nuova formula di attivismo giudiziale. Questa attenuazione si evince, *in primis*, dal registro prescelto dal collegio che appare più mite e cooperativo⁴⁴, un sensibile temperamento di toni che, tuttavia, non può ridursi ad una mera preferenza lessicale o ad una formula di cortesia istituzionale: esso pare disvelare un significato sostanziale circa l'apprezzamento che il giudice costituzionale intenderebbe riservare alla discrezionalità del Parlamento⁴⁵.

Se, infatti, la prima volta la posizione del giudice pareva caratterizzarsi per una maggior severità – poiché il principio della leale collaborazione, pur essendo insito in sé nella scelta della formula decisoria, sembrava acquisire una posizione di subordinazione rispetto all'esigenza di provvedere ad un ripristino

cui non prevedeva la possibilità che la Corte fissasse, quando necessario, «un congruo termine, previa sospensione del giudizio incidentale in corso, per lo svolgimento della funzione di sua spettanza».

⁴⁴ Cfr. A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, in *Consultaonline.org*, 3/2020, p. 406.

⁴⁵ Per una ricostruzione più approfondita della decisione, del fatto e dell'influenza della giurisprudenza sovranazionale cfr. F. LAZZARI, *La sentenza della Corte costituzionale sulla comminatoria della pena detentiva per i fatti di diffamazione a mezzo stampa*, in *Archivio penale*, 13 luglio 2021; M. CUNIBERTI, *La pena detentiva per la diffamazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: l'ordinanza della Corte costituzionale n. 132 del 2020*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2020, p. 123 ss; A. CARDONE, *Pena detentiva per la diffamazione e funzione democratica della libertà di espressione: quid iuris oltre il caso della professione giornalistica?*, in *Consulta online*, I/2022, pp. 354-355.

della legalità – diversamente, nell’ordinanza n. 132 i toni cambiano. Colpisce, ad esempio, il passaggio nel quale la Consulta afferma come il suo «compito naturale» consista in un sindacato successivo sulla conformità delle scelte legislative, dovere al quale essa «non può sottrarsi», e che tuttavia «sconta necessariamente la limitatezza degli orizzonti del *devolutum* e dei rimedi a sua disposizione, che segnano il confine dei suoi poteri decisorii»⁴⁶. Per tal ragione, preso atto dell’esistenza di un disegno di legge in discussione alle Camere in materia, «in uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni», si procede ancora una volta per la fissazione di una nuova udienza nell’attesa di una maturazione di una scelta legislativa⁴⁷.

Ma, andando oltre tale premessa, sono due i fattori che sembrano segnare una profonda differenza rispetto alle sentenze “Cappato”: l’uno attinente alla fase “ascendente” del sindacato, uno afferente alla fase discendente⁴⁸, ma ambedue suscettibili di dare indicazioni circa il rapporto fra i due organi costituzionali. Da un lato, l’ordinanza “a data fissa” in materia di suicidio assistito si caratterizzava, infatti, per una stringente e puntuale definizione dei contenuti dell’atto normativo⁴⁹. La controversa riscrittura del *thema decidendum*, interamente ripasmato alla luce del più rassicurante diritto alla salute rispetto alla vocazione più “liberal” dell’ordinanza di rimessione⁵⁰, si accompagnava, infatti, a una puntuale definizione delle condizioni soggettive per definire l’area di incostituzionalità. Quest’ultime, pur attingendo la propria legittimazione dal caso concreto, apparivano interamente imputabili alla penna del giudice costituzionale, non avendo a disposizione alcuna previsione normativa di supporto⁵¹.

Diversamente, nel caso in questione, il livello di tassatività dei contenuti normativi introdotti per via giurisprudenziale è, a tutta evidenza, molto lontano dal modello “Cappato”. Ciò appare ragionevolmente

⁴⁶ Punto 8 del *Considerato in diritto*.

⁴⁷ F. PERCHINUNNO, *Riflessioni a prima lettura sull’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 27/2020, p. 206 ss. si focalizza sulle problematiche relative alla tecnica di differimento anche sotto il profilo della ragionevole durata del processo.

⁴⁸ Si intende adoperare, ovviamente, questi termini in senso “a-tecnico” rispetto all’ordinaria terminologia del giudizio di legittimità ma riadattandoli alla peculiare configurazione dell’incostituzionalità prospettata, la quale consisterebbe di una fase “ascendente” Corte-legislatore, caratterizzata dall’interlocuzione instaurata nell’ordinanza, e dalla fase “discendente” di accoglimento avente carattere eventuale.

⁴⁹ Sul punto cfr. V. MARCENÒ, *L’ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, p. 1226 ss. sottolinea gli «eccessi di motivazione» nell’ordinanza di rinvio.

⁵⁰ Operazione più “moderata” che non ha mancato comunque di suscitare altrettante critiche, v. D. MORANA, *L’ordinanza n. 207/2018 sul “caso Cappato” dal punto di vista del diritto alla salute: brevi note sul rifiuto di trattamenti sanitari*, in F.S. MARINI-C. CUPELLI, *Il caso Cappato*, cit., p. 240 la quale parla di un’«arbitraria risemantizzazione» della parola “terapia” che avrebbe prodotto un allontanamento dal contenuto essenziale del diritto stesso.

⁵¹ Benché al suicidio assistito venissero estesi gli adempimenti previsti dalla legge in caso di interruzione di cure o redazione delle DAT – quali l’acquisizione della volontà dell’interessato «nei modi e con gli strumenti più consoni alle condizioni del paziente» (art. 1, comma 5, legge n. 219/2017), la obbligatoria e accurata prospettazione da parte del medico delle conseguenze delle scelte adottate dal paziente e delle soluzioni alternative, l’obbligatorio inserimento dell’interessato in un percorso di cure palliative (conformemente a quanto previsto dalla legge n. 38 del 2010) e di sostegno psicologico (cfr. punto 5 del *Considerato in diritto*) – è innegabile che le quattro condizioni soggettive individuate per liberalizzare l’accesso alla prestazione in questione non poggiassero su alcuna base normativa di supporto.

riconducibile all'esigenza di rispondere alle critiche sollevate sino a quel momento circa la difficoltà nell'individuare, fra le indicazioni disseminate nella pronunzia della Corte, un confine netto fra contenuti costituzionalmente imposti e meri suggerimenti di metodo afferenti alla piena discrezionalità del legislatore. Tuttavia, sembra anche preponderante l'obiettivo di temperare l'arditezza dei toni emersi sul "fine vita", promuovendo un esito che, pur risultando parimenti limitante la discrezionalità legislativa sotto il profilo temporale, come sopra-sottolineato, intendeva essere maggiormente rispettosa del legislatore sotto il profilo contenutistico.

Questa percezione, inoltre, sembra trovare corrispondenza nella fase discendente del sindacato, se si osservano le motivazioni addotte dalla Corte nel giustificare la declaratoria di incostituzionalità nella sentenza n. 150. Nella "Cappato *bis*" l'innesto normativo del dettagliato intervento additivo trovava la sua primaria giustificazione nel consueto argomento del "vuoto", declinato nella descrizione dettagliata dei rischi che l'assenza di una disciplina o la mancanza di tassatività della stessa avrebbe sui diritti dei soggetti vulnerabili. In questo caso, invece, tale familiare *iter* motivazionale appare debole nell'ordinanza e addirittura assente nella sentenza n. 150⁵²: una carenza logica che conduce a nutrire dubbi sulla stessa utilità e indispensabilità della tecnica in quella circostanza⁵³. La Corte, infatti, dedica particolare sforzo alla misura sanzionatoria sotto giudizio (art. 13 l. 48/1947) argomentando come la stessa costituisca *lex specialis* rispetto alla pena prevista dalla correlata disposizione penalistica: si asserisce implicitamente, pertanto, come la sua totale eliminazione non creerebbe alcun pericoloso vuoto garantistico, dato che l'espunzione della stessa provocherebbe un'automatica riespansione dei commi 2 e 3 dell'art. 595 c.p. L'ammissione, da parte della Consulta, dell'assenza di tale ipotesi induce, inevitabilmente, a immaginare che, pur in mancanza di un rischio concreto, imminente ed irreparabile prodotto dall'assenza di una regolamentazione, si sia inteso prediligere l'opzione dialogica, accettando così di differire di un anno il ripristino della legalità costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali in gioco.

Sebbene la scelta di optare per tale soluzione rientri, ovviamente, nella disponibilità dell'organo, risulta tuttavia parimenti in controtendenza se valutata, più in generale, in relazione alla connotazione "attivista-sostanzialista" della nuova fase; ma altrettanto carente di logicità sotto il profilo applicativo se osservata proprio in relazione al "peso" dei valori coinvolti nel caso in questione rispetto al fattore "tempo". Si dovrebbe presumere, infatti, che il termine "concesso" al legislatore aumenti in rapporto di diretta proporzionalità alla rilevanza del bene/principio/diritto costituzionale in sofferenza, date le

⁵² Sul punto è stato osservato come la Corte faccia propria una visione "minimalista" fra le varie opzioni normative possibili, inserendosi con maestria nel vuoto interpretativo lasciato dalla Corte di Strasburgo in relazione alla nozione di "ipotesi eccezionali", in C. MAGNANI, *La Corte costituzionale rivede la detenzione per la diffamazione tramite i media. Prime note sulla sentenza n. 150 del 2021*, in *Osservatorio sulle fonti*, 5/2021, p. 181.

⁵³ Sul punto v. L. MADAU, *Fai domani quello che potresti fare oggi. Un raffronto tra l'ordinanza n. 132 del 2020 e la sentenza n. 150 del 2021*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 3/2021, p. 14 ss.

problematiche ricostruttive e i possibili danni prodotti dal vuoto regolatorio, sempre centrale nell'orientare le scelte della Consulta, nonostante la maggior urgenza garantistica che connota la tecnica. Alla luce di tali premesse, non si comprende dunque perché il giudice costituzionale decida, alla seconda prova, di optare per un *dies a quo* più lontano nel tempo, nonostante la questione censurata riguardasse un tema di primaria importanza ma tuttavia qualificabile come «non altrettanto evocativo di valori personalissimi»⁵⁴.

La convinzione che la tecnica sia andata consolidandosi verso un modello più ponderato di bilanciamento fra le istanze in gioco pare trovare maggiore corrispondenza alla “terza prova” dell'incostituzionalità prospettata, originata dall'ordinanza n. 97 del 2021⁵⁵. In essa la Corte ha realizzato un'inedita operazione normativa e istituzionale con le Camere al fine di ricondurre nell'alveo dei principi costituzionali alcune opacità concernenti l'ostatività penitenziaria⁵⁶.

Sotto il profilo del risultato, è innegabile che tale dialettica, le cui più prossime premesse anticipatorie non possono che rinvenirsi nella sentenza di accoglimento n. 253 del 2019⁵⁷, abbia condotto ad un positivo rimodellamento del regime posto dall'art. 4-*bis*, legge ord. pen., plasmato alla luce delle direttive che appaiono combaciare pienamente con i *desiderata* del collegio snocciolati non solo nell'ordinanza in questione ma anche nella antecedente copiosa giurisprudenza nazionale e sovranazionale in materia⁵⁸. Dunque, in un'ottica meramente funzionalistica, può solidamente affermarsi come, differentemente dalle ordinanze precedenti, tale forma di monito rafforzato abbia condotto ad un risultato pienamente in linea con le aspettative di risultato sottese alla nuova modalità decisoria nonché con le “speranze istituzionali” della Consulta circa la complementarità dell'azione giudice-legislatore nel correggere il quadro normativo e nel riportarlo in linea con i principi costituzionali rilevanti.

⁵⁴ In tal senso v. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 agosto 2020, p. 105.

⁵⁵ Sulla formula decisoria cfr. I. ROBERTI, *I moniti “a termine” della Corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del Parlamento*, in *federalismi.it*, 17/2021, p. 175 ss.

⁵⁶ Più specificamente, con tale pronuncia si è affermata con più forza l'incompatibilità fra il quadro parametrico e l'inflessibilità di quelle previsioni che impediscono o rendono estremamente arduo per alcune categorie di condannati avere accesso ai benefici penitenziari.

⁵⁷ Fra i numerosi commentatori cfr. A. PUGIOTTO, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Rivista AIC*, 1/2020, pp. 505-506.

⁵⁸ La soluzione culmina, infatti, a termine di una fitta elaborazione giurisprudenziale, opportunamente richiamata nell'ordinanza, mossa dalla volontà di ricondurre anche la disciplina della reclusione a vita sotto l'egida dei principi di risocializzazione e reinserimento. La solidità di tale *iter* viene infatti evocato all'interno della decisione, creando ancora una volta un profondo intreccio fra dimensione processuale e sostanziale. L'apporto ermeneutico del giudice di Strasburgo non solo ha avuto un ruolo fondamentale nell'individuare i requisiti minimi per assicurare la compatibilità fra la pena perpetua e i principi convenzionali ma, mediante la condanna dell'Italia con la pronuncia *Viola*, ha fornito un impulso decisivo per il cambio di rotta del giudice costituzionale in ambito interno. Sul punto v. E. DOLCINI, *La pena detentiva perpetua nell'ordinamento italiano. Appunti e riflessioni*, in *Diritto penale contemporaneo*, 17 dicembre 2018, p. 15 e M. RUOTOLO, *Reati ostativi e permessi premio. Le conseguenze della sentenza n. 253 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 12 dicembre 2019, par. 3

Nondimeno, nonostante i profili positivi nella prospettiva dell'efficacia monitoria, l'innovativo assetto che la dialettica Corte-legislatore ha assunto in tale vicenda permette di aggiungere ulteriori punti fermi alle conclusioni già tracciate: sfumerebbe ancor di più quella visione che induceva a ritenere l'espedito processuale adoperato dalla Consulta come una formula che ha segnato il "trionfo" dell'effettività sul rispetto dei ruoli e ha prodotto uno sbilanciamento che andrebbe irrimediabilmente a detrimento della discrezionalità del legislatore.

Nell'ordinanza n. 97 si procede, come di consueto, alla formula standard di differimento dell'udienza, fondando il ragionamento sui noti presupposti: l'indifettibilità dell'intervento legislativo e i deprecabili effetti che scaturirebbero dal vuoto normativo. Si tratta di un'impostazione che esplicitamente indugia sul risvolto negativo per i diritti in gioco prodotto da esiti alternativi e che contiene solide argomentazioni di supporto preludenti la scelta interlocutoria. Fra essi, ad esempio, viene menzionato l'effetto distorsivo che discenderebbe se la Corte, nella limitatezza dei suoi strumenti, allo scopo di porre rimedio all'incostituzionalità, si limitasse a equiparare per via normativa lo *status* dell'ergastolano non collaborante per scelta alla condizione del detenuto collaborante, soluzione pregiudizievole per il principio di uguaglianza. Ma, più in generale, com'è stato osservato, sembra avere la meglio, al di là delle specifiche riflessioni, il volto più "politico" e istituzionale della Corte, ovvero la scelta di ritrarsi di fronte alla discrezionalità parlamentare. Tale orientamento, più che far affidamento ad argomentazioni giuridiche di dettaglio – fra cui primeggia, chiaramente, il presupposto giustificatorio classico della carenza di un'univoca soluzione ricostruttiva – intenderebbe valorizzare la consapevolezza che decisioni di politica criminale di quella entità non possano interamente reggersi su una normazione di origine pretoria senza che il Parlamento abbia occasione di esercitare la primazia del suo ruolo.

La configurazione che il dialogo Corte-legislatore ha assunto in tale vicenda disvela, dunque, significativi elementi per comprendere la vocazione intrinseca della tecnica esaminata, contribuendo, da un lato, a sistematizzare un modello operativo di riferimento; ma, soprattutto, a svuotare di credibilità la tesi che riconduceva tale formula alla dimensione dell'effettività a discapito della discrezionalità legislativa.

La prima appare centrale, ancorché percettibilmente temperata dalla preminenza del principio della leale collaborazione. Inoltre, sono numerosi gli "indizi" che contribuiscono a orientare la valutazione in tale direzione.

In primo luogo, risulta determinante il fattore che ritorna, ancora una volta, a costituire una delle principali unità di misura dell'effettività della garanzia: l'elemento temporale. La logica ordinaria dell'incostituzionalità prospettata sembrava già di per sé favorire un bilanciamento che si concreta in un'attenuazione dell'immediata esigenza di ripristinare la tutela sostanziale in favore della volontà di assicurare che, in prima battuta, la discrezionalità del legislatore politico sia preminente. La primarietà

dell'effettività viene dunque moderata, ma secondo una logica di apposizione di un limite cronologico ben definito, diversamente dallo schema dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata in cui l'assenza di un termine certo dissolveva nel nulla qualsiasi certezza di accoglimento. È intuibile, dunque, che il reiterato differimento motivato dalla presenza di un *iter* normativo in corso a cui si è assistito nella vicenda concernente l'ergastolo ostativo abbia dilatato ancor di più il primo principio a discapito del secondo, creando un ulteriore affievolimento della salvaguardia apprestata.

Peraltro, il descritto ridimensionamento dell'urgenza garantistica sembrava agire in modo ancora più dannoso sulla dimensione soggettiva del sindacato⁵⁹. Nel caso dei suoi due precedenti, infatti, dell'effetto sospensivo prodotto dall'ordinanza di rinvio beneficiavano parzialmente gli imputati che non potevano subire alcuna condanna. In modo differente, l'effetto dilatorio prodotto dal secondo rinvio avrebbe esercitato in questa circostanza un impatto diretto sulla libertà personale del detenuto, la cui domanda di liberazione condizionale non poteva essere nemmeno vagliata nel merito⁶⁰.

In sintesi, seppur in presenza di una forte domanda di tutela sostanziale proveniente dal giudizio principale, avrebbe avuto la meglio il fine di assicurare l'intervento parlamentare, il quale, rispetto alla sentenza n. 253, questa volta appariva imprescindibile, stante la più elevata "caratura" della questione⁶¹.

L'argomento principe sotteso alla motivazione è, dunque, intellegibile: di fronte a un'ipotesi manipolativa concernente una preclusione assoluta in grado di incidere in modo profondo sul bilanciamento preesistente fra il principio di rieducazione del condannato e le altrettanto rilevanti esigenze securitarie e di prevenzione generale, la primazia del momento democratico-parlamentare, e sotto il profilo logico e

⁵⁹ M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 2/2021, p. 9 sottolinea, oltretutto, come, soprattutto alla luce di un ulteriore differimento, sempre motivato dall'inesperibilità dei delicati bilanciamenti che solo il legislatore dovrebbe poter fare, si affievolirebbe la credibilità dell'ipotesi che, da un momento all'altro, la Corte possa meccanicamente sostituirsi al legislatore pronunciando una decisione di accoglimento.

⁶⁰ A. LOLLO, *Riflessioni critiche a margine del secondo rinvio della Corte costituzionale sull'«ergastolo ostativo»*, in *Consulta online*, III/2022, p. 1200.

⁶¹ La maggior delicatezza a cui la Corte allude consiste sia negli elementi cardine della previsione sanzionatoria in esame, quali la tipologia di reato e della pena sottoposti al sindacato del giudice, sia, soprattutto, nella differente valenza qualitativa del beneficio penitenziario in questione poiché la liberazione condizionale, diversamente dal mero permesso premio, costituisce il preludio di una futura estinzione della pena. Da un lato, quindi, la Corte è stata risolta nell'affermare come la preclusione sistematica scaturente dal quadro normativo avrebbe causato una situazione in cui la finalità punitiva andrebbe ad assorbire la dimensione risocializzante, mediante un ostacolo soggettivamente qualificato che si rivela «sicuramente in contrasto con i principi di proporzionalità ed individualizzazione della pena». Si affermava, dunque, come fosse un criterio «costituzionalmente vincolante» l'espunzione di «rigidi automatismi» idonei ad ostacolare una «valutazione individualizzata e caso per caso» soprattutto laddove la preclusione derivasse da «presunzioni iuris et de iure di maggiore pericolosità legate al titolo del reato commesso». Nonostante ciò, l'azione ricostruttiva si ferma di fronte alla «più radicale posta in gioco». Critico nei confronti di tale differenziazione «ontologica» tracciata dalla Corte fra permessi premio e libertà condizionale, tale da giustificare un differente *modus agendi*, è E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021, par. 4, il quale argomenta come, in questi termini, anche l'intervento additivo individuato dalla Corte nella sentenza n. 253 del 2019 appaia debole e al di fuori del vincolo della soluzione costituzionalmente imposta.

cronologico, si imporrebbe senza sforzo, di per sé, senza bisogno di rafforzare tale posizione con ulteriori argomenti di supporto.

Da un lato, tale ragionamento appare coerente sotto il profilo istituzionale, non facendo altro che rinfrancare, sotto il profilo processuale, l'applicazione rigorosa del limite della discrezionalità legislativa (in modo, peraltro, direttamente proporzionale alla delicatezza del bilanciamento in gioco). Tuttavia, soppesata nella prospettiva dei diritti fondamentali, tale soluzione sembra perdere persuasività allo scorrere del tempo. In altre parole, dunque, il primo rinvio appariva giustificato alla luce di un presupposto logico che la Corte non si sofferma a sviscerare, ma che risulta intuibile e razionale. In primo luogo, la “elevata posta in gioco” concerneva primariamente il maggior peso che la preclusione rivestiva nell'economia della normativa emergenziale e della sua finalità punitiva. Quindi, stante la peculiare natura della libertà condizionale – misura molto più incisiva sul percorso carcerario del singolo, perché prodromica ad una estinzione della pena – e la delicatezza del bilanciamento fra la finalità risocializzante a cui il percorso detentivo si informa e le contrapposte esigenze securitarie, la ricerca di una soluzione differente rispetto alla speculare decisione concernente i permessi premio (in cui la Consulta, senza apparente indugio, procedeva all'accoglimento), si rivelava comprensibile.

In prospettiva opposta, tuttavia, si potrebbe specularmente osservare come la libertà condizionale costituisca una misura che afferisce in modo più stretto al nucleo essenziale del principio posto dall'art. 27, rivelandosi un “mezzo” che conferisce più concretezza ed effettività al principio della reintegrazione sociale del condannato⁶². L'ulteriore differimento della questione, dunque, nonostante l'accertata incompatibilità fra l'automatismo preclusivo ed i principi in gioco – per di più esacerbata dal summenzionato effetto pregiudizievole che la dimensione soggettiva del sindacato subiva allo scorrere del tempo – può leggersi solo alla luce di un modello tutt'altro che orientato alla rottura ma che, al contrario, attribuisce una posizione di intangibilità e prevalenza al vincolo della discrezionalità legislativa. In sintesi, attendere la maturazione di un procedimento legislativo nelle Camere, seppur allora incompleto, è divenuto prioritario, nonostante si sarebbe potuta configurare, almeno in via alternativa e in seconda battuta, l'estensione provvisoria della summenzionata disciplina scaturente dalla decisione di accoglimento avente ad oggetto i permessi premio con l'intento di garantire una ri-espansione dei principi costituzionali in sofferenza, a seguito della paralisi garantistica determinata dal primo rinvio.

Tale ipotesi avrebbe potuto essere percorribile mantenendo ferma l'idea che tale disciplina acquisisse comunque un carattere transitorio e, dunque, cedevole di fronte all'avvicinarsi della più puntuale e

⁶² Biasima la via della soluzione sospensivo-cooperativa M. MENGOZZI, *Un passo avanti e uno indietro: la Consulta sull'ergastolo ostativo opta per il rinvio con monito*, in *Diritti comparati*, 20 maggio 2021.

qualitativamente differente normativa di provenienza legislativa⁶³. Una soluzione, peraltro, che sarebbe risultata difficilmente criticabile dopo il primo rinvio, considerando che la decisione n. 253, lungi dal produrre esclusivamente l'ordinario effetto demolitivo, poneva a disposizione un discreto apporto additivo⁶⁴. Nel ragionamento del giudice costituzionale emergevano, infatti, contenuti tutt'altro che fumosi: si affermava l'idea che la mitigazione del limite invalicabile dell'"utile collaborazione" dovesse necessariamente essere accompagnato da uno schema decisorio compensativo, configurabile in un regime probatorio rafforzato, direttamente proporzionale all'«intensità del vincolo imposto dal sodalizio criminale del quale si esige l'abbandono definitivo»⁶⁵.

4. Accettare i cambiamenti intercorsi relativi alla discrezionalità del legislatore...senza ricadere in "diagnosi" caustiche sul rapporto fra poteri

In secondo luogo, risulta altrettanto centrale per avanzare qualsivoglia "diagnosi sistemica" che trascenda l'analisi caso per caso il rinnovato approccio sviluppato dalla Corte in ambito penale a partire dalla sentenza n. 236 del 2016⁶⁶. Anche tale giurisprudenza, com'è noto, sembra aver accolto quel meccanismo

⁶³ Questa via si pone in realtà in continuità con ipotesi già emerse in dottrina per individuare rimedi adeguati alla stasi prodotta dal "combinato disposto" scaturente dall'omissione legislativa accompagnata dalla insensibilità dell'organo a qualsiasi sollecitazione, da un lato, e l'ortodossa applicazione delle rime obbligate, dall'altro. In merito v. C. PANZERA, *Sentenze "normative" della Corte costituzionale e forma di governo*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, p. 538. L'A. riprende successivamente tale tesi valorizzando l'utilità e l'importanza della cosiddetta *provisional legislation* anche nel panorama comparatistico, v. C. PANZERA, *Sugli attuali limiti delle tecniche decisorie della Corte costituzionale. Alcune proposte*, in P. CARROZZA-V. MASSERINI-R. ROMBOLI-E. ROSSI-A. SPERTI-R. TARCHI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Atti del Seminario di Pisa (15 dicembre 2017), Torino, Giappichelli, 2018, pp. 341-342.

⁶⁴ Sentenza n. 253 del 2019, punto 10 del *Considerato in diritto*. La visione della Corte manifestata in tale decisione di accoglimento non si è arrestata ad una condanna dell'anelasticità del regime tracciato dalla previsione normativa ma, denunciandone l'irragionevolezza, ha provveduto ad affiancare al criterio della collaborazione, declassato da assoluto a relativo, ulteriori elementi idonei a «escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti»

⁶⁵ È stato sottolineato come dal precetto normativo costituzionalmente imposto si dedurrebbe l'obbligo implicito che tali oneri siano ragionevolmente "assolvibili", altrimenti lo sbarramento si riprodurrebbe nella procedura, privando ancora una volta il soggetto della effettiva possibilità di accedere al beneficio, v. M. RUOTOLO, *Riflessioni sul possibile "seguito" dell'ordinanza n. 97 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Sistema penale*, 22 febbraio 2022, p. 11. In questo senso si può dire che la riforma successiva ha seguito questo modello, tracciando regole ben distinte a seconda che l'istanza provenga da un detenuto per reati riconducibili al crimine organizzato e ad esso assimilabili (comma 1-bis e 1-bis.2) oppure per soggetti condannati per altri reati (comma 1-bis.1). In tal modo il decisore politico sembra muovere su una linea di differenziazione soggettiva fondata sul titolo di reato. Tale bidimensionalità della norma parrebbe, almeno sotto un profilo meramente strutturale, "ridar giustizia" alla *ratio* originaria del 4-bis, introdotto, com'è noto, in un contesto emergenziale, e modellato specificatamente con l'intento di introdurre un regime specializzato per categorie ben definite di reati associativi e afferenti alla dimensione mafiosa, il quale, tuttavia, a causa di un percorso espansivo e disorientato del legislatore penale, ha assunto la configurazione di una norma ipertrofica priva di una sua coerenza interna. Sulle luci e soprattutto ombre e incoerenze della disciplina introdotta si vedano, fra i molti, F. MORO, *L'art. 4-bis o.p. riformato dal d.l. 162/2022, conv., con modifiche, dalla l. 199/2022: un passo avanti e due indietro*, in *Sistema penale*, 17 maggio 2023; R. DE VITO, *Finisce davvero il "fine pena mai"? Riflessioni e interrogativi sul decreto-legge che riscrive il 4-bis*, in *Questione Giustizia*, 2 novembre 2022.

⁶⁶ L'inaugurazione di tale indirizzo giurisprudenziale viene convenzionalmente inquadrato con l'adozione della sentenza n. 236 del 2016 (opportunosamente richiamata nell'ordinanza monitoria n. 207/2018, peraltro) inerente al reato di

logico, poi perfezionato nella formula dell'incostituzionalità prospettata, di una doppia pronuncia dotata di effettività in base alla quale «le valutazioni discrezionali di dosimetria della pena spettano anzitutto al legislatore»⁶⁷; senza negare, al contempo, come l'obiettivo di scongiurare il protrarsi di zone franche abbia acquisito preminenza, conducendo così al rimodellamento dei tradizionali argini che sbarravano la via dell'accoglimento imminente mediante un'operazione ricostruttiva a rime “possibili” o “adeguate”.

L'inedito sviluppo prescelto dalla Consulta, elaborato a partire dalla triade di sentenze che paiono aver posto le basi per un nuovo modello decisorio (236/2016, 222/2018, 40/2019), emerge, in primo luogo, nel fatto che venga portato a maturazione quel percorso, tracciato a sua volta a partire dalla sentenza n. 313 del 1990, volto a espandere il concetto di “proporzionalità della pena”. Quest'ultimo, infatti, inizia progressivamente a emanciparsi da un sindacato relazionale, valutabile, dunque, esclusivamente in rapporto a un determinato *tertium comparationis*, consentendo alla Consulta di giudicare la “sproporzione” di per sé, a prescindere da qualsivoglia elemento normativo di comparazione⁶⁸.

Purtuttavia, ciò che ha dato maggior impulso al dibattito costituzionalistico ha riguardato, appunto, la dimensione propriamente additiva della modalità decisoria, la componente in cui la discrezionalità del giudice costituzionale ha incontrato nel tempo un tentativo di circoscrizione proceduralmente tangibile⁶⁹. In tale sfera, infatti, si può constatare senza eccessivo sforzo il consolidamento di un nuovo *modus operandi* che si andrebbe a connotare per un'attitudine molto più flessibile al vincolo della soluzione costituzionalmente imposta. Ma ci sarebbe di più: la giurisprudenza in questione si distinguerebbe per la centralità che assumono, nel ragionamento della Corte, considerazioni di natura sostanziale volte a postulare la preminenza della tutela dei diritti a lungo pregiudicata dall'inerzia legislativa⁷⁰.

alterazione di stato mediante falso (art. 567 comma 2 c.p.) a cui la dottrina ha dedicato rilevanti riflessioni, a cui si rimanda: *ex multis*, cfr F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2/2017, spec. p. 62; M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016, p. 18 ss. sostiene che, nell'ambito di una giurisprudenza particolarmente ondivaga, caratterizzata da una Corte oscillante fra eccesso di deferenza nei confronti del legislatore e azioni manipolative foriere di problemi, la decisione rappresenti un importante esempio di «assunzione di responsabilità» di fronte a una normativa incostituzionale.

⁶⁷ Corte cost., sentenza n. 40 del 2019, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

⁶⁸ Tale evoluzione in senso espansivo è stata realizzata mediante l'ampliamento del quadro parametrico che accoglie anche la previsione posta dal terzo comma dell'art. 27. Alla luce di questa apertura, quindi, la Consulta giunge a conclusione che il principio del finalismo rieducativo che permea il settore penal-penitenziario possa esser vanificato anche da un trattamento sanzionatorio affetto da eccessività, sul punto v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 63.

⁶⁹ M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ordinanza n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, p. 649.

⁷⁰ F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, cit., p. 66 commenta positivamente la scelta della Corte di procedere a rime «semi-libere» affermando: «la Corte non si sente, almeno per ora, di seguire queste strade, comunque gravide di incognite, continuando a cercare nel sistema – e in particolare nel- le incriminazioni contigue a quelle oggetto della pronuncia di incostituzionalità – il quadro edittale da sostituire a quello illegittimo: senza, peraltro, che sia più necessaria una perfetta identità di disvalore, bastando ora una qualche omogeneità tra le incriminazioni che renda accettabile l'operazione così realizzata (...)Una soluzione pragmatica, insomma: ma da salutare come intelligente e coraggiosa, da una parte di una Corte che (...) ha perso troppo spesso, di recente, occasioni preziose per offrire efficace tutela ai diritti fondamentali».

Più chiaramente, abdicando al consueto approccio di *self-restraint* in materia penale, la Corte, analogamente a quanto previsto nella *Cappato bis*, asserisce che per porre in essere un suo «intervento correttivo» – e, dunque, nei casi di specie, una pronuncia sostitutiva – è sufficiente che l’ordinamento offra una previsione sanzionatoria che possa fungere da modello. Più chiaramente, in circostanze in cui «è maggiormente impellente l’esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali» quali, ad esempio, quelle in cui viene in gioco la libertà personale del singolo, la presenza della via a rime obbligate non costituirebbe più la *conditio sine qua non* della soluzione additiva⁷¹.

Osservata ancora una volta attraverso l’ottica dell’oscillazione del pendolo fra rispetto della discrezionalità del legislatore e massimizzazione dell’effettività della tutela, l’esito appare più netto in favore dell’esigenza di provvedere ad un’affermazione immediata di un principio o diritto costituzionale anche a costo di “sacrificare”, temperandolo, il carattere intrinseco di uno dei baluardi procedurali di più lungo conio e credibilità che all’interno del processo costituzionale presiedeva al rispetto dello spazio del decisore politico.

In presenza di un fervente dibattito che tende ad avanzare letture polarizzate di questa evoluzione, si reputa più coerente adottare un approccio ispirato al cauto realismo che attinga, al contempo, ai fondamenti teorici che governano l’azione manipolativa della Corte senza rinunciare alla più concreta analisi casistica.

Con riferimento al primo punto – al netto delle perplessità che hanno sempre caratterizzato l’idea che si potesse effettivamente cristallizzare una visione monolitica delle rime obbligate senza attribuire adeguato peso alla discrezionalità del giudice-interprete, così come ignorare la fumosità della netta distinzione fra legittimità e merito nell’enucleazione della soluzione creativa – risulterebbe arduo argomentare l’inesistenza di un cambiamento reale. L’ipotesi del rigetto come via d’uscita obbligatoria e “di compromesso” in carenza di un’unica soluzione ricostruttiva pare oggi appartenere al passato: di fronte alla eventualità che possano verificarsi pericolosi vuoti garantistici, l’organo giurisdizionale si attiva nella ricerca di una previsione sanzionatoria analoga “di supporto”.

All’interno di tale quadro, i criteri guida rimangono, ovviamente, quelli dell’idoneità della misura a colmare il risultato della futura ablazione⁷². L’intervento è, tuttavia, intrinsecamente differente poiché la Corte “scende” nella piramide delle fonti, muovendo dalla dimensione costituzionale a quella legislativa. La sfera dell’ermeneutica, seppur mai esente da ampia discrezionalità, lascia spazio a quella della produzione normativa che, anche se vincolata dalle previsioni preesistenti a disposizione – e condizionata dalla

⁷¹ Corte cost., sentenza n. 40 del 2019, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

⁷² Precisa, così, che «l’ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale che riguardano l’entità della punizione risulta condizionata non tanto dalla presenza di un’unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nel sistema di previsioni sanzionatorie che, trasposte all’interno della norma censurata, garantiscano coerenza alla logica perseguita dal legislatore (sentenza n. 233 del 2018)».

limitatezza degli strumenti di un organo giurisdizionale – risulta più affine a quella del decisore politico. Inoltre, i canoni individuati dalla Corte per auto-contenersi nel processo di identificazione della soluzione correttiva più “prossima” sembrano essere andati nel corso del tempo verso un assestamento che appare modellarsi in senso sempre più favorevole all’ampliamento della discrezionalità dell’organo di garanzia. In merito alla riconformazione del vincolo crisafulliano, quindi, appare opportuno non accogliere quegli argomenti “giustificazionisti” che ricondurrebbero il rimodellamento attuale all’interno di un fisiologico *iter* di adattamento che avrebbe sempre accompagnato un limite procedurale tanto felice quanto fumoso. Questi, in estrema sintesi, possono generalmente essere classificati in due grandi categorie, dividendosi, da un lato, fra quelle visioni che evidenziano come anche l’originaria emersione delle rime obbligate avesse prodotto analoghe incertezze e perplessità⁷³; e, dall’altro, fra quelle che sottolineano come, nonostante l’indubbio fascino esercitato dalla soluzione espressa “sotto dettatura” dei principi della Carta, bisognasse considerare il canone decisorio già di per sé soggetto ad una sensibile elasticità applicativa che non permetteva di fuggire, neppure alle origini, valutazioni discrezionali del giudice costituzionale⁷⁴: già si disvelava come la stessa natura della rima scontasse una vera difficoltà nel differenziare fra legittimità e merito, un’ambiguità che si è manifestata lungo tutta la giurisprudenza⁷⁵.

Attingendo alle prime si potrebbe argomentare come, dopo un iniziale disorientamento processuale che aveva indotto una certa dottrina ad accogliere lo strumento a patto di depotenziare l’efficacia additiva della decisione della Corte⁷⁶, si sia assistito ad una normalizzazione progressiva dei versi decisorii⁷⁷. Facendo leva sulle seconde, invece, si propenderebbe più sbrigativamente a disinnescare le più aspre

⁷³ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE-E. CHELI-S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, Bologna, Il Mulino, 1982, il quale affermava che «se la norma è presente nel sistema, spetta ai giudici (tutti i giudici) esplicitarla; se non c’è, spetta al legislatore (solo al legislatore) crearla. Intervenendo invece la Corte, nel primo caso viola la sfera di competenza dei giudici, nel secondo caso quella del legislatore» (p. 109) e l’altrettanto eloquente scritto di G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, Cedam, 1985, p. 755 ss.

⁷⁴ Una riflessione che ha alla base la teoria per cui ogni qual volta una norma non sia suscettibile di diretta applicazione automaticamente apre alla discrezionalità del soggetto attuante, rendendo imprescindibile comunque un atto creativo di una nuova norma. Tali riflessioni sono state riprese recentemente da G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, in *Sistema penale*, 16 maggio 2024, spec. p. 9.

⁷⁵ Ricostruisce ampiamente l’evoluzione sul punto D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema penale*, 2/2021, p. 21 ss.

⁷⁶ Così, ad esempio, N. PICARDI, *Le sentenze “integrative” della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1977, p. 599 ss. e C. LAVAGNA, *Sulle sentenze “additive” della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza italiana*, IV/1969, p. 145 ss. In merito agli ostacoli riscontrati in sede applicativa e alle famigerate “ribellioni” dei giudici comuni, fra cui il noto caso riguardante le norme processuali, cfr. L. ELIA, *La Corte ha chiuso un occhio (o forse tutti e due)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, p. 946 ss.

⁷⁷ Si rievocano quelle riflessioni che alla luce del concetto di continuità e di gradualità temperavano quelle più rigide argomentazioni concernenti la separazione dei ruoli fra organi costituzionali di vertice, in G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1988, p. 306.

critiche concernenti le rime possibili, argomentando come il rigore del vincolo originario fosse più ideale che reale, più fittiziamente persuasivo che giuridicamente configurabile⁷⁸.

Mai secondaria, peraltro, ma sempre in prima linea, risulta, all'interno di quest'ordine di osservazioni, l'insistenza sul percorso di sistematizzazione delle rime obbligate giustificato alla luce dell'argomento della *felix culpa* di fronte alla oramai sistemica e normalizzata inerzia parlamentare⁷⁹.

In tale complesso sistema, si ritiene più aderente alla fase reale ammettere la sopravvenienza di un mutamento processuale che non ha acquisito soltanto una valenza quantitativa ma anche qualitativa.

Difatti, benché l'espedito crisafulliano sia stato sottoposto nel tempo a formulazioni oscillanti (anche ad opera dello stesso Autore)⁸⁰, sembra si possa ridurre il suo nucleo essenziale di significato al processo deduttivo di astrazione di una norma da un principio costituzionale. Nella sua più nota definizione, infatti, veniva postulata un'operazione di individuazione di un contenuto prescrittivo obbligato derivante «da un principio generale o dalla stessa norma costituzionale violata»⁸¹. Sebbene sia probabilmente stata la seconda parte della formulazione ad ottenere maggior fortuna definitiva, ovvero quella che guarda al carattere «latente» della norma e della sua collocazione all'interno del «sistema normativo vigente»⁸², un'interpretazione complessiva delle definizioni e del loro scopo argomentativo – ossia contrastare i rilievi concernenti la presunta creatività dell'organo – non concederebbe letture alternative a quella che afferma la collocazione dell'operazione logica sul livello delle fonti costituzionali. Non pare vi siano dubbi, dunque, sul fatto che la natura “obbligata” della rima derivi proprio dalla superiore dimensione dei principi e risponda pedissequamente ad una logica deduttiva che configura l'astrazione di una prescrizione puntuale da una regola generale, proprio in forza della necessità di azzerare la discrezionalità dell'operazione. Questo fattore pare essere l'elemento qualificatorio costitutivo e indefettibile in assenza del quale il canone perderebbe consistenza: non è concesso spazio, in tale teorica, a criteri di analogia o affinità fra previsioni normative esistenti⁸³.

L'operazione ricostruttiva operata dalla Corte nell'attuale giurisprudenza in ambito penalistico ha perso tali connotati salienti, un cambiamento che non può essere sbrigativamente minimizzato grazie all'argomentazione che valorizza il carattere provvisorio della normativa e, dunque, la sua cedevolezza di fronte all'eventuale sopravvenienza di una futura disciplina di provenienza legislativa.

⁷⁸ F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, p. 186 parla di una differenziazione che non è che il frutto della discrezionalità interpretativa del giudice costituzionale.

⁷⁹ G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. IX, Utet, Torino, 1994, p. 32.

⁸⁰ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1984, p. 497.

⁸¹ V. CRISAFULLI, *La Corte ha vent'anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 84.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Conferma questa lettura anche uno scritto più datato, cfr. V. CRISAFULLI, *A proposito dei principi generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 2/1940, pp. 193 ss. in cui spiega come «sarebbe appunto l'interprete a formulare la norma per il caso concreto, traendola dal principio o dai principi latenti nel sistema».

Poste tali fondamentali premesse, si ritiene nondimeno altrettanto valida l'idea che l'evoluzione intercorsa non debba indurre ad azzardate diagnosi di irreparabili fratture, ossia far proprie quelle teorie che postulano, in sintesi, un superamento dell'originaria architettura del processo costituzionale e un'inevitabile compromissione del principio della separazione dei poteri.

In un discorso così polarizzato è possibile avviarsi verso una strada che, lasciando da parte giudizi di condanna o assoluzione nei confronti del giudice delle leggi, riparta da una ri-sistematizzazione concettuale dei termini primari che si contrappongono e si interfacciano all'interno del tema: il render giustizia costituzionale e l'effettività della garanzia, da un lato, il principio della separazione dei poteri, il rispetto della discrezionalità del legislatore, le rime obbligate, dall'altro⁸⁴.

L'evoluzione odierna delle modalità decisorie del custode della Costituzione viene valutata quale fenomeno pervenuto ad esiti inediti mediante la "sconfessione" del vincolo della discrezionalità del legislatore, una soluzione che celerebbe una deriva utilitaristica del "fine che giustifica i mezzi"⁸⁵. In tal modo, accogliendo all'interno del bilanciamento un elemento "non bilanciabile", si andrebbe ad intaccare il principio della separazione dei poteri. Alla base di tale visione si colloca il presupposto per cui il "render giustizia costituzionale" costituisce «una funzione sistemica della Corte costituzionale (...) esercitabile nei confini delle sue competenze, che il limite del divieto per il giudice costituzionale di assumere decisioni "politiche" definisce inesorabilmente». Quest'ultima, quindi, sarebbe estranea al bilanciamento non tanto perché ontologicamente preminente ma perché si tratta di un fattore che non afferisce alla dimensione dei principi ma chiama in causa le competenze. Queste ultime, in sintesi, «non si bilanciano» ma «si osservano»⁸⁶.

A me pare, tuttavia, che si possano sollevare due questioni in merito. Le riflessioni più critiche che oggi propugnano il paradigma della "frattura" delle maglie del processo e del giudizio di legittimità costituzionale *lato sensu* sembrano originare, a ben vedere, da un presupposto logico non esplicitato: una totale sovrapposibilità fra il principio della separazione dei poteri, il rispetto della discrezionalità legislativa e le rime obbligate. Fra le fitte trame del dibattito si staglierebbe, quindi, l'affermazione della presupposta identità fra un principio – qualificabile come un super-principio premesso allo stesso ordinamento giuridico e posto a fondamento della stessa forma di stato democratica – e le regole che per via legislativa o, addirittura, interpretativa danno ad esso attuazione.

Emergerebbe dunque l'idea che il *favor* verso il "render giustizia costituzionale" ed esercitare la propria funzione in assenza di ostacoli assoluti avrebbe spinto l'organo di garanzia a sacrificare irrimediabilmente

⁸⁴ Per un approfondimento di queste riflessioni sia consentito un rinvio a G. VASINO, *Sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore. Tutela sostanziale dei diritti e tecniche decisorie*, Torino, Giappichelli, 2024, p. 271 ss.

⁸⁵ D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 6/2020, p. 5 ss.

⁸⁶ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 221.

il limite della discrezionalità legislativa, compromettendo automaticamente il principio ad esso sotteso, quello della separazione dei poteri. In questo quadro sembrerebbe che l'art. 28 si limiti a dare «doveroso svolgimento alla nomopoiesi primaria alle assemblee rappresentative»⁸⁷ e che quindi operare un bilanciamento che ridimensioni la sua portata significhi, automaticamente, risalire fino al principio posto alla base, violandone la solidità.

A mio avviso la questione può superarsi proprio sciogliendo tali sovrapposizioni logico-concettuali e ritornando ad una rigorosa differenziazione anche sotto il profilo delle fonti. Si procederebbe così oltre quella identificazione fra un “super-principio” e una previsione normativa che costituisce una formula inquadrabile, in primo luogo, come una delle norme fondanti del processo costituzionale attinente all'esercizio della funzione giurisdizionale, come dimostra la modalità attraverso la quale è formulata – il controllo di legittimità (...) esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento – e anche la *sedes materiae*.

Perseguire tale via non significherebbe, ovviamente, pretermettere l'ovvio, ossia negare l'intrinseca interconnessione fra principio e previsione normativa. I tasselli regolatori che definiscono il nucleo normativo duro del cosiddetto processo costituzionale, fra cui primeggia il principio della discrezionalità del legislatore, implicano la separazione dei poteri poiché costituiscono prescrizioni che, al contempo, caratterizzano e delimitano le reciproche funzioni. Tale osservazione non perde validità se la riflessione muove dalla regola che impone la non ingerenza della sfera del decisore politico a quella che prescrive, ad esempio, che la Corte debba decidere tramite sentenza o ordinanza, accompagnando la propria decisione con una motivazione (più o meno “succinta”)⁸⁸. Queste disposizioni sarebbero legate da un contenuto prescrittivo comune: l'obbligo di aderenza a delle forme che testimoniano, a loro volta, la permanenza nei ranghi della funzione assegnata. In altre parole, le stesse, con un diverso livello di dettaglio regolatorio, connoterebbero la natura giurisdizionale nell'operato della Corte, implicando che la stessa si attenga al ruolo istituzionale che le è stato riservato all'interno del sistema.

Dall'altro, tuttavia, interconnessione non significa identità di valore e contenuto: tali prescrizioni non coincidono (*rectius*: non dovrebbero essere fatte coincidere) con i fondamenti sistemici alla base poiché costituirebbero un'estrinsicazione normativa che, pur avendo alla base una radice valoriale e normativa inquadrabile in un principio, ad esso completamente non si sovrappongono. Nell'ipotesi in questione, quindi, si avrebbe una previsione, per altro di rango primario, che non si dovrebbe sottrarre *in toto* ai delicati bilanciamenti che l'esercizio della funzione esige: la Corte, dunque, pone in essere una valutazione

⁸⁷ *Ivi*, p. 190.

⁸⁸ Si fa riferimento all'art. 18 della legge n. 87 del 1953.

che ha come obiettivo principale non la piena effettività del testo quanto il consueto raggiungimento, alla luce dei molteplici principi in gioco, di una non conformità “sostenibile”.

In termini più diretti, dunque, le competenze non si bilanciano, le previsioni processuali che di esse costituiscono emanazione e determinano le modalità di esercizio di una funzione, forse, sì⁸⁹.

Specularmente, discendendo nel panorama delle fonti, l'altra argomentazione cardine che viene in rilievo è che sia il superamento delle rime obbligate a produrre la frantumazione del limite posto dall'art. 28: si andrebbe così a vanificare un delicato equilibrio faticosamente edificato, come se si fosse attribuito all'effettività della garanzia l'infelice ruolo di “valore tiranno”, annichilendo la discrezionalità legislativa⁹⁰. Ancora una volta, tuttavia, sembra consumarsi una identificazione affrettata fra una previsione normativa di rango primario e la sua attuazione e, in questo caso specifico, a maggior ragione, fra una regola processuale e il suo concreto svolgimento ermeneutico. Quest'ultimo, pur rappresentando un paradigma procedurale di indubbio rigore e carico di significanza sistemica, rimane una lettura cristallizzata della previsione dedotta per via interpretativa. Appare dunque si possa contestare – o, almeno, far divenire oggetto di discussione – l'idea che un riadattamento o, come largamente si dice, un'erosione dei “versi”, intacchi, automaticamente, i presupposti normativi da cui essa trae origine, risalendo alla radice degli stessi, come se gli elementi presi in esame costituissero frammenti complementari, qualitativamente paritari, di un univoco contenuto prescrittivo.

Le rime obbligate, in particolare, rappresenterebbero la fissazione di una linea di demarcazione elaborata in via ermeneutica che nasce da una specifica visione del bilanciamento fra valori in gioco, la cui forza maggiore si fonda sulla continuità e coerenza applicativa ma che non deve indurre a una totale sovrapposizione fra un principio e una sua versione dedotta in via interpretativa, cristallizzando quest'ultima⁹¹. Se, dunque, si invita a scomporre quelle sovrapposizioni fra un principio sistemico e una previsione normativa di rango primario, la quale conduce a riflessioni con esiti catastrofici, a maggior ragione occorrerebbe più cautela nel riprodurre tale automatismo in presenza di una regola e di una sua attuazione elaborata per via dottrinarica e consolidata per via pretoria.

Ad ogni modo, se le rime “adeguate” o, addirittura, “libere” non costituirebbero la deriva verso una frattura sistemica, ma neppure un semplice rimodellamento dei versi originari, sarebbe altrettanto

⁸⁹ Sia consentito, ancora una volta, un rinvio a G. VASINO, *Sindacato di costituzionalità e discrezionalità del legislatore. Tutela sostanziale dei diritti e tecniche decisorie*, Torino, Giappichelli, 2024, p. 271 ss.

⁹⁰ Riprendendo le parole emerse nella nota decisione n. 85 del 2013 sul cosiddetto “caso Ilva”.

⁹¹ La quale, inoltre, non era totalmente esente da critiche anche con riferimento alla convinzione per cui il punto di forza si fonda proprio sull'assenza di discrezionalità dell'organo giudiziario e sull'univocità e preesistenza della norma ricostruttiva che il giudice costituzionale si limiterebbe a portare alla luce. Senza badare peraltro alla questione per cui la valutazione circa la sussistenza o meno di una o plurime soluzioni ricostruttive, muovendo sul terreno dei principi, è comunque rimessa alla discrezionalità del giudice che è massima, proprio perché agisce su un terreno estremamente largo.

doveroso prendere atto di una fase innovativa che sembra tradurre in modo inedito a livello procedurale il bilanciamento alla radice fra l'esigenza di esercitare la funzione di garanzia costituzionale e il rispetto dei vincoli funzionali. D'altro canto, le stesse rime obbligate non costituivano che il precipitato concreto di una certa lettura dell'art. 28: un espediente che, pur "approfittando" sapientemente della discrezionalità interpretativa del giudice e delle velleità creative del sindacato, rifletteva comunque un'immagine monodimensionale non solo della funzione normativa del Parlamento ma della stessa funzione di garanzia costituzionale. Quest'ultima rimaneva intesa, ancora aridamente, come meccanico «raffronto semantico fra enunciati», visione che relegava l'operazione di controllo, dunque, ad una dimensione astratta⁹².

Parimenti, anche nella fase odierna, la riformulazione dell'intero canone di cui si indaga è il portato procedurale di un'evoluzione ulteriore della funzione di garanzia costituzionale. In tale rinnovato quadro, infatti, il principio che entra nel bilanciamento non sarebbe la semplice esigenza di rimuovere la legge incostituzionale quanto «l'esito estremo di un processo riflessivo che tenga conto della insostenibilità costituzionale» della disciplina oggetto di giudizio⁹³. La prima, dunque, non prevale in senso assoluto all'interno del bilanciamento ma, da un lato, conduce a maturazione quel concetto mediato del principio di legittimità costituzionale che lo rende sensibile alle logiche di gradualità e di continuità dell'ordinamento normativo e, dall'altro, subisce maggiormente le potenzialità assiologiche del giudizio incidentale e della dimensione soggettiva della tutela all'interno della funzione garantistica, diventando così sempre più permeabile alla carica trasformativa del "fatto"⁹⁴.

5. *Cogliere* la ricostruzione ossia la rifondazione delle forme di un giudizio di costituzionalità improntato ai valori

Infine, un'osservazione ulteriore della *pars destruens* dell'operato della Corte consente di completare il quadro, avanzando in tal modo riflessioni complementari. Se è vero che il nuovo indirizzo della giustizia costituzionale potrebbe contenere i germi di un cambiamento epocale nei rapporti fra Corte e legislatore, ad uno sguardo attento, sembra potersi intravedere uno sforzo di assoggettare la nuova modalità decisoria, improntata alla valorizzazione dell'effettività a discapito di una rigida applicazione del vincolo della discrezionalità legislativa, alla sussistenza di condizioni o criteri oggettivi di intervento.

Un'analisi sinottica della giurisprudenza caratterizzata dal ragionamento "a rime libere" ha permesso di cogliere sin dalle origini delle "ricorrenze argomentative", non sempre concomitanti, ma che paiono

⁹² F. MODUGNO, *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, p. 112.

⁹³ *Ivi*, p. 149.

⁹⁴ D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sistema penale*, 2/2021, p. 25.

tuttavia accompagnare la casistica esaminata: 1) vengono in rilievo beni costituzionali “di primario rilievo”; 2) una soluzione meramente ablativa determinerebbe il verificarsi di “insostenibili vuoti” di tutela; 3) è possibile individuare all’interno dell’ordinamento una base normativa ricostruttiva che, seppur non costituzionalmente necessitata, risulti idonea ad assicurare una continuità ordinamentale; 4) sono presenti una o più pronunzie precedenti – di rigetto o, più comunemente, di inammissibilità – nelle quali il giudice delle leggi abbia sollecitato invano il legislatore a modificare la disciplina non conforme.

In particolare, il richiamo a moniti inascoltati ha costituito all’inizio un fattore chiave nonché un elemento di connessione fra le due innovative modalità decisorie esaminate: il rimodellamento delle rime e l’ordinanza di rinvio a data fissa. Anche in questa sede, infatti, la Corte sembra instaurare un solido collegamento fra una sollecitazione alle Camere “caduta nel vuoto”⁹⁵ e l’allentamento delle limitazioni procedurali autoimposte⁹⁶.

Sin dalle origini veniva osservato come il mancato seguito ad una precedente sollecitazione della Corte costituzionale pareva ergersi a criterio oggettivo per allentare le fitte trame del limite della discrezionalità legislativa⁹⁷. L’assenza di una risposta parlamentare trasformerebbe automaticamente il problema della soluzione costituzionalmente imposta da limite assoluto a limite relativo: un meccanismo che condizionerebbe la discrezionalità del giudice costituzionale stesso poiché l’an, il *quomodo* e la stessa estensione dell’intervento normativo dipenderebbero dalla reattività del decisore politico.

L’affievolimento del vincolo assoluto “in seconda battuta” rappresenterebbe, dunque, il nuovo precipitato procedurale di quella diversità di ruoli evocata in apertura del contributo che qualificerebbe il legislatore come soggetto attuante “preferito” dei principi della Carta e come risolutore “ottimale” della complessa questione di costituzionalità⁹⁸.

⁹⁵ L’istituzione del collegamento fra impulso pretorio e soluzione additiva appare ancora molto timido e sfumato nella sentenza n. 236 – il riferimento al precedente, la sentenza n. 106 del 2007 emerge ma in modo indiretto – per apparire più risoluto nella sentenza n. 222 del 2018 fino a divenire palese, con il precedente della sentenza n. 179 del 2017, nella pronunzia n. 40 del 2019 sugli stupefacenti, nella quale il monito al legislatore appare incastonato nell’ossatura della decisione.

⁹⁶ Un andamento causa-effetto sottolineato, sin dalla prima giurisprudenza, da M. RUOTOLO, *L’evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell’ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, p. 650 afferma come allo stato attuale, «le “rime obbligate” giustificano un intervento “immediato” della Corte, ove realmente la lacuna incostituzionale possa da subito essere colmata senza invadere la sfera di discrezionalità del legislatore; al contempo, le “rime obbligate” impediscono alla Corte di intervenire subito, ove l’intervento legislativo si riveli indispensabile nella scelta delle diverse opzioni per colmare la lacuna incostituzionale; ma, in quest’ultimo caso – ed è qui la novità –, le “rime obbligate” non possono impedire alla Corte di intervenire sia pure in “seconda battuta” (...)».

⁹⁷ M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, in *federalismi.it*, 3/2021, p. 59 ss. Tale saggio riprende in forma sintetica la teorizzazione già ampiamente contenuta nel saggio M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e Società*, 1/2020, p. 53 ss.

⁹⁸ Si prendono ancora una volta in prestito le parole di P. CARNEVALE, *Tre variazioni sul tema*, cit., p. 12 il quale sottolinea come la soluzione parlamentare auspicata rimanga la “best option” nell’economia del sistema.

Se, dunque, lo sviluppo *in itinere* conferma la diversità e complementarità funzionale sotto il profilo istituzionale, si può dire che la maggior sensibilità per l'effettività della garanzia e della tutela sostanziale abbia mostrato la sua influenza nell'esigere che tale logica non rimanga sulla dimensione dei principi ma si concretizzi nell'introduzione di un coerente e tangibile modalità decisoria.

Se questa operatività si coglie nelle trame della nota giurisprudenza penalistica presa ad esempio a partire dal 2016, è evidente che essa assuma una forma più strutturata nel modello decisorio bifasico. In esso gli elementi costitutivi sopradescritti vanno a fondersi: l'importanza del bene costituzionale coinvolto e la pretesa "individualizzante" proveniente dal giudizio principale, da un lato, due momenti – quello di "attesa" della risposta legislativa e quello di intervento "a rime libere" – dall'altro, formalizzandosi in due decisioni distinte ma interdipendenti. L'incostituzionalità prospettata si presenterebbe solo più solida rispetto al tentativo di procedimentalizzare a posteriori la dialettica con l'organo parlamentare, ricreandola "artificialmente" nella parte motiva della successiva decisione di accoglimento. In sintesi, osservato in quest'ottica, il nuovo schema decisorio emergente in ambito penalistico non sarebbe altro che un'opzione de-strutturata della tecnica a due fasi che ricercerebbe un medesimo bilanciamento fra i valori in gioco. Alla luce degli elementi emersi nella sopradescritta giurisprudenza, sembra si possa constatare l'esistenza di un percorso proiettato verso un profondo rimodellamento degli istituti processuali alla luce del "rendere giustizia costituzionale" ma che non manca di fissare nuovi vincoli all'operato della Consulta. Solo in quest'ottica può trovarsi un'armonizzazione fra l'esercizio della funzione di garanzia costituzionale e l'adesione al principio della separazione dei poteri, fra l'esigenza di effettività della tutela e il mantenimento del limite rappresentato dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953.

Nell'ultimo triennio, inoltre, in particolare a partire dalla decisione n. 185 del 2021, tali sforzi di sistematizzazione sembrano siano pervenuti ad un'ulteriore maturazione. In tale pronunzia, da un lato, la Corte consolida il proprio percorso espansivo in ambito penalistico, e, dall'altra, esso sembra quasi fissare un *vademecum* decisorio che trascende il caso *sub iudice*, contribuendo in tal modo a rafforzare la tesi per cui il nuovo indirizzo "sostanzialista" non risulti insensibile alla necessità di mantenere una forma giurisdizionale. Più chiaramente, sembra che tale pronunzia abbia inaugurato una nuova sub-fase all'interno dell'evoluzione caratterizzante il giudizio nella quale si registrerebbero ulteriori canoni di attivismo all'interno della parte motiva.

In primis, la connessione evidenziata fra l'inattività delle Camere e l'intervento a rime libere sembra perdere rilevanza in favore di un nuovo percorso argomentativo "per valori" in cui la relativizzazione del vincolo procedurale non appare più (prevalentemente) correlata all'omessa attuazione legislativa – un criterio che potrebbe qualificarsi come temporale/funzionale – ma risulta più strettamente legato al peso del bene

costituzionale in gioco e all'entità del danno che esso subirebbe in assenza di una cornice garantistica posta a salvaguardia dello stesso – un criterio, per così dire, di natura sostanziale/fattuale.

Osservando la parte demolitiva della sentenza, la pronuncia in questione si colloca a pieno titolo nel summenzionato filone giurisprudenziale proiettato verso l'estrinsecazione delle molteplici potenzialità assiologiche sottese alla ragionevolezza⁹⁹. La Corte sembra infatti valorizzare ulteriormente l'obiettivo di far proprio un canone valutativo volto a dedurre la proporzionalità della sanzione in senso "assoluto", nel senso letterale del termine, ossia sciolto da qualsivoglia comparazione con altre misure analoghe che fissino un determinato rapporto fra reato e pena comminata. L'accezione che prevale nella valutazione del giudice costituzionale comprenderebbe, a ben vedere, non solo la necessità di una risposta punitiva commisurata alla gravità del fatto commesso ma postulerebbe anche l'idea di un trattamento che risulti il più possibile modellato sulla responsabilità in concreto del singolo¹⁰⁰.

Dall'abbandono di un *test* di proporzionalità *per relationem* deriverebbero, in realtà, conseguenze di rilievo per il sindacato. Difatti, l'evoluzione in tale direzione del principio di proporzionalità e, correlativamente, di individualizzazione della pena, imporrebbe non solo che il collegio giudichi in senso astratto l'adeguatezza della misura, ovvero la congruità fra l'offensività della condotta e l'afflizione derivante dalla sanzione stessa, ma anche il fatto che il concetto di proporzionalità della pena assuma una connotazione differente, perdendo progressivamente la veste di principio in favore di quella di diritto¹⁰¹. L'emersione

⁹⁹ Quelle famigerate "virtualità" della ragionevolezza che ne hanno favorito l'evoluzione e già in tempi remoti spingevano a parlare di un canone oramai "irricoscibile", in G. FERRARA, *Relazione*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, Il Mulino, 1978, p. 89 ss.; o, addirittura, di un canone evanescente che trascenderebbe in realtà una più generica istanza di conformità della legge a un principio di giustizia, e che garantirebbe un'enorme elasticità di giudizio rispetto all'applicazione di altri parametri, in L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Milano, Giuffrè, 1994, p. 163 ss. il quale, peraltro, anticipa considerazioni riprese poi in L. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Agg., I, Milano, Giuffrè, 1997, p. 901 ss. in cui si riduce il canone a una mera «formula verbale». Sulla ambiguità semantica, in cui anche il giudice costituzionale stesso pare continuamente inciampare, si veda il più recente contributo dell'ex Presidente Cartabia inerente anche all'utilizzo non sempre rigoroso della terminologia all'interno della giurisprudenza costituzionale che contribuirebbe a creare confusione fra i vari concetti, in M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana. Intervento presentato a Incontro trilaterale tra la Corte costituzionale italiana, la Corte costituzionale spagnola e il Tribunale costituzionale portoghese*, Roma, Palazzo della Consulta, 2013, spec. p. 6.

¹⁰⁰ In tal modo, l'ordinamento "assolverebbe" al compito di dar rilievo alla responsabilità penale "personale", dando centralità al valore prescrittivo discendente dagli artt. 25, comma 2 e 27, comma 3. È la Corte stessa a ripercorrere efficacemente questo percorso attraverso la sua giurisprudenza affermando di aver «posto da tempo in luce come la «mobilità» (sentenza n. 67 del 1963), o «individualizzazione» (sentenza n. 104 del 1968), della pena – tramite l'attribuzione al giudice di un margine di discrezionalità nella sua commisurazione all'interno di una forbice edittale, così da poterla adeguare alle particolarità della fattispecie concreta – costituisca «naturale attuazione e sviluppo di principi costituzionali, tanto di ordine generale (principio d'uguaglianza) quanto attinenti direttamente alla materia penale» (sentenza n. 50 del 1980), al lume dei quali «l'attuazione di una riparatrice giustizia distributiva esige la differenziazione più che l'uniformità» (così, ancora, la sentenza n. 104 del 1968), v. F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 58.

¹⁰¹ Cfr. F. SEVERA, *La proporzionalità delle sanzioni amministrative nella giurisprudenza costituzionale: questioni di sostanza e questioni di processo (una riflessione a partire da Corte costituzionale, sentenza n. 40 del 2023)*, in *Consulta online*, II/2023, in part. p. 549 ss.

di “un diritto fondamentale ad una pena proporzionata” porterebbe con sé un’istanza dalla valenza totalizzante, idonea ad espandersi sul piano materiale fino a condizionare ogni tipo di trattamento che abbia carattere sostanzialmente punitivo, anche quello amministrativo¹⁰².

Ciò implicherebbe, a sua volta, che qualsiasi considerazione concernente la funzione intrinseca che questo tipo di trattamento assume all’interno del sistema, così come qualsivoglia valutazione discrezionale del legislatore penale che scelga di stabilire una pena fissa in forza della identità del bene giuridico da tutelare, debba confrontarsi con la pervasività della “nuova” proporzionalità all’interno del sindacato della Consulta¹⁰³. Nel concreto, sulle previsioni sanzionatorie rigide penderebbe una presunzione di illegittimità, data la loro incompatibilità con il nuovo «volto costituzionale» del sistema delle pene, salvo che queste risultino ragionevolmente idonee ad essere applicate a una categoria di violazioni omogenee¹⁰⁴. Nella decisione n. 185, la Corte, dopo aver affermato, in modo forse eccessivamente *tranchant*, di non essere tenuta «in linea di principio» ad arrestare il proprio intervento in presenza del timore della carenza regolatoria che andrà a prodursi¹⁰⁵, procede a differenziare quelle ipotesi in cui vi sia il rischio che si verifichino lacune “gravi”, vuoti qualificati come «insostenibili per i diritti interessati dalla norma incisa» ovvero da cui possa derivare «una menomata protezione di diritti fondamentali dell’individuo o di beni di particolare rilievo per l’intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali».

¹⁰² Si tratta di una svolta storica nella prospettiva penalistica, inaugurata con la decisione n. 112 del 2019 e ripresa all’interno della sentenza n. 212 dello stesso anno, dopo che, per lungo tempo, l’applicazione della logica della proporzionalità alle sanzioni amministrative si limitava alla questione degli automatismi sanzionatori. Per una disamina più approfondita della questione cfr. L. TOMASI, *Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio*, in *Sistema penale*, 4 ottobre 2021, par. 5 e ss. Sulle difficoltà riscontrate circa la corretta qualificazione di una sanzione come sostanzialmente punitiva da parte dell’autorità giudiziaria, anche alla luce dell’interpretazione elaborata dal giudice di Strasburgo, si rimanda a A. PISANESCHI, *La sentenza 68 del 2021. Le sanzioni amministrative sostanzialmente penali ed il giudicato*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2021, p. 264 ss.

¹⁰³ Benché la Corte tenga a precisare come, con riferimento alle sanzioni amministrative, il fronte parametrico presenterebbe comunque delle differenze in quanto il principio di proporzionalità troverebbe il suo fondamento normativo non nell’art. 3 Cost. in combinato disposto con l’art. 27 Cost., nella parte in cui tratteggia il principio di responsabilità e di finalismo rieducativo, quanto nell’art. 3, in combinato disposto con quelle norme costituzionali che di volta in volta emergano a tutela dei diritti colpiti dalla sanzione (sentenza n. 185 del 2021, punto 4). Sebbene, infatti, anche il trattamento sanzionatorio amministrativo abbia beneficiato dell’espansione del principio di proporzionalità, la Consulta aveva infatti già chiarito come tali principi inclusi all’interno dell’art. 27 rimangano comunque riservati, per il loro intrinseco valore prescrittivo, alle misure private o comunque limitative della libertà personale, seguendo dunque una logica restrittiva (cfr. sentenza n. 112 del 2019, punto 8 del *Considerato in diritto*). Nel caso in questione, infatti, l’accoglimento della questione si fonderebbe sull’art. 3 in combinato disposto con gli artt. 42 e 117.1 in relazione al primo Protocollo addizionale CEDU.

¹⁰⁴ Sentenza n. 185 del 2021 punto 6 del *Considerato in diritto*. Per una accurata ricostruzione del cosiddetto “volto costituzionale” della pena e, in particolare, della privazione della libertà personale conseguente alla comminazione della stessa, così come la centralità del principio rieducativo, osservato non come monade prescrittiva ma come prescrizione che si inserisce all’interno di una trama valoriale complessa, v. M. RUOTOLO, *Per una cultura costituzionale della pena*, in *federalismi.it*, 24/2023, p. iv ss.

¹⁰⁵ In tal modo la Corte pare riprendere, in chiave nuova, le considerazioni emerse nella nota e risalente decisione n. 59 del 1958 nella quale chiariva come la «carenza legislativa» conseguente alla sua azione non potesse considerarsi un ostacolo insormontabile al suo intervento.

Quest'ultima circostanza costituirebbe l'ipotesi – all'apparenza non ordinaria ma eccezionale – in cui si potrebbe/dovrebbe far legittimamente ricorso in via residuale ai famigerati “punti di riferimento normativi” disseminati nell'ordinamento giuridico.

All'interno di un percorso così perentorio, sembrerebbe intravedersi una Corte al crocevia fra passato e futuro. Da un lato, infatti, il collegio pare guardare alle origini, riaffermando con chiarezza la sua primigenia natura di «giurisdizione di annullamento»¹⁰⁶: una premessa che appare minimizzare il peso che l'*horror vacui* ha tradizionalmente assunto nello sviluppo delle sue tecniche decisorie¹⁰⁷ –; ma anche, più specificatamente, nel circoscritto filone oggetto di analisi fondato sulla ricerca delle “grandezze omogenee rinvenibili nell'ordinamento”¹⁰⁸.

D'altro canto, pur evocando “antichi” presupposti, l'indirizzo di metodo descritto pare tuttavia implicitamente registrare il mutamento attualmente in corso. Nel ragionamento si prescrive, infatti, come, una volta accertata l'incostituzionalità della disciplina, la valutazione circa “la sostenibilità” del vuoto acquisisca un ruolo dirimente. Divengono recessive, invece, le opzioni della declaratoria di inammissibilità

¹⁰⁶ Così R. PINARDI, *L'horror vacui nel controllo di costituzionalità su misure di carattere sanzionatorio (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021)*, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 3/2021, pp. 9-10.

¹⁰⁷ Colpisce ulteriormente poiché lo stesso redattore della decisione, in sede scientifica, aveva ammesso a chiare lettere come l'*horror vacui* avesse avuto un ruolo chiave nella moltiplicazione delle opzioni per via pretoria e che il timore della lacuna a posteriori fosse ormai assunto a «valore incostituzionale imprescindibile». Sulla centralità di tale aspetto si erano in realtà espresse una pleora di voci anche in fasi più risalenti, anticipando già in tempi meno controversi come tale elemento avrebbe acquisito un ruolo centrale, cfr. N. OCCHIOCUPO, *La Corte costituzionale come giudice di «opportunità» delle leggi*, in ID. (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna, Il Mulino, 1978, spec. p. 31 ss. il quale sottolinea come tale preoccupazione presente sin dalle origini nel funzionamento della Corte sia risultata del tutto prevalente, legittimando un'attitudine conservativa della norma giuridica; si ammette come tale approccio fosse anche influenzato, fra i vari motivi, dalla cultura formalistica della maggior parte dei giuristi italiani che consideravano l'assenza di una norma come il peggiore dei mali, nonché da una assunta premessa teorica iniziale di presunzione di legittimità costituzionale delle leggi, la quale aveva una ricaduta sul fronte decisorio; sul primo aspetto si veda G. BRANCA, *L'illegittimità parziale delle sentenze della Corte costituzionale*, in G. MARANINI (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Firenze, Vallecchi, 1966. Su questo aspetto cfr. G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Considerazioni sull'attività interpretativa della Corte costituzionale*, in *Arch. Giuridico Serafini*, 1962, p. 50 ss.; così, fra le voci più risalenti, si esprimeva anche il Presidente Azzariti, affermando come fosse «sempre grave eliminare una norma di legge vigente senza avere i poteri per sostituirla o adattare le norme residue che con la stessa erano connesse», in G. AZZARITI, *Discorso del Presidente Azzariti nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1957, p. 878 ss. Infine, sul vuoto quale presupposto cruciale di tutte le tecniche della Corte si veda anche A. DE STEFANO, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in AA.VV., *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, vol. II, Roma, Corte costituzionale, 2006, p. 937 ss.

¹⁰⁸ Così osserva correttamente C. DE LUCA, *La Corte costituzionale torna sulle “rime possibili”: un'insolita pronuncia di mero accoglimento per caducare una sanzione amministrativa fissa (osservazioni a margine della sentenza n. 185 del 2021)*, in *Consulta online*, III/2021, p. 1014 la quale argomenta come lasci interdetti una premessa di tale natura considerando come la centralità dell'argomento del “vuoto” e, soprattutto, il tema della responsabilità circa l'effetto demolitorio delle proprie pronunce è sempre stato uno dei *topoi* argomentativi prescelti dalla Corte non solo nel passato ma anche di recente, utilizzato peraltro come presupposto argomentativo chiave a sostegno della graduazione degli effetti temporali, dalla sentenza n. 10 del 2015 alla più recente sentenza 41 del 2021 senza dimenticare la sentenza n. 246 del 2019. In tali decisioni, infatti, si osservava come la prevalenza di tale valore e la centralità del principio di continuità di fronte a eventuali pericolose fratture avesse avuto la meglio con effetti pregiudizievoli per i diritti delle parti del processo principale, determinando una totale fagocitazione della dimensione astratta del giudizio su quella concreta, v., fra molti, R. PINARDI, *Costituzionalità “a termine” di una disciplina resa temporanea dalla stessa Consulta (note a margine di Corte costituzionale sentenza n. 41 del 2021)*, in *Consulta online*, I/2021, in part. p. 292 ss.

o di rigetto per rispetto della discrezionalità legislativa, soluzioni che in presenza del vuoto e in carenza di norme ricostruttive univoche avevano sempre costituito la via maestra più praticabile, anche all'interno del modello argomentativo dell'ordinanza di rinvio a data fissa.

Infine, la Corte pare voler ribadire con più chiarezza i criteri alla base dell'intervento, forse nel tentativo di dar loro una veste più ordinata. Il peso del bene costituzionale in gioco, pur essendo l'autentico *punctum crucis* di tutte le questioni esaminate, non era emerso in modo così esplicito sino a quel momento, poiché dedotto *a posteriori* utilizzando l'evoluzione giurisprudenziale come fonte di analisi e di confronto. In questo caso, invece, la centralità di un presupposto giustificativo "per valori" sembra disvelarsi in maniera più percepibile, anche se mediante un criterio valutativo che si impone per sottrazione, ossia per vuoti di tutela tollerabili: non, dunque, attraverso l'esplicitazione dei principi in gioco, ma mediante l'enucleazione del significato di «deficit di garanzia sostenibili».

La delimitazione di questa condizione appare, nelle parole della Corte, tutt'altro che lacunosa e indefinita: il collegio tende a qualificare tale condizione in modo dettagliato, circoscrivendo la circostanza in cui si verifichi una «menomata protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali». Se quest'ultima formulazione si reputasse tassativa, e, dunque, non una semplice esemplificazione priva di alcun valore orientativo, non è ardito ipotizzare che la Corte intendesse dettare *pro futuro* delle ulteriori linee-guida. Si assisterebbe, dunque, alla fissazione di "presupposti all'interno del presupposto" che appaiono tutto fuorché blandi perché tenderebbero a circoscrivere ulteriormente le condizioni materiali dell'intervento "a rime libere", limitandolo alle circostanze in cui siano presenti: 1) la menomata protezione ossia – si presume – un'assenza totale ovvero una manifesta insufficienza della tutela apprestata; 2) un bene di primario rilievo; 3) una violazione conseguente di vincoli costituzionali e sovranazionali. Un pacchetto di regole che, se interpretato ed applicato con rigore, renderebbe molto più vincolato ed episodico l'attivismo del giudice delle leggi.

In merito al secondo elemento – l'accettazione di una soluzione ricostruttiva a rime non obbligate – quello che emergerebbe, dunque, è che essa costituisca un'ipotesi, comunque, non ordinaria ma residuale, percorribile a seguito di diversi "stress test" da eseguire caso per caso.

Fra l'altro, nella sentenza in questione, avente ad oggetto una sanzione amministrativa¹⁰⁹, la Corte è pervenuta proprio all'esito più ordinario, ammettendo l'irreperibilità di una disposizione sufficientemente

¹⁰⁹ La Consulta chiarisce infatti come all'interno del «sistema vigente non si rinvengono soluzioni sanzionatorie che possano essere sostituite, ad opera di questa Corte, a quella dichiarata costituzionalmente illegittima, in ragione dell'assimilabilità delle condotte sanzionate. In particolare, non soccorre la soluzione – che pure sembra ipotizzata dall'ordinanza di rimessione – di sostituire, alla sanzione colpita dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, quella prevista nei confronti di chi consenta la partecipazione al gioco a minori di anni diciotto: all'evidenza, le fattispecie non sono assimilabili, stante l'eterogeneità delle condotte punite».

affine su cui “appoggiare” l’addizione. Tale soluzione fa intuire come anche il sub-giudizio concernente la fungibilità fra norme, ovvero l’idoneità della soluzione rinvenuta nel sistema a sostituirsi alla norma dichiarata illegittima, sia stato pensato *ab origine* come condizionato da criteri piuttosto stringenti.

Di certo, tale puntuale percorso di auto-contenimento che tende progressivamente ad arricchirsi mediante l’enucleazione di criteri nuovi non dovrebbe interpretarsi in modo eccessivamente formalista, ponendo in ombra la peculiarità del processo costituzionale. Omettere la specificità di quest’ultimo, per quanto nell’intento di ancorarsi a rassicuranti logiche di coerenza, rischierebbe di perdere di vista la natura *sui generis* del giudizio così come l’intrinseca essenza dell’incidentalità che da sempre risulta più permeabile all’azione performativa dei “fatti” e alla domanda di giustizia sostanziale proveniente dal caso concreto¹¹⁰, esigendo, di conseguenza, un approccio più flessibile alle regole procedurali.

La giurisprudenza presa in esame sembra tuttavia aver dimostrato come la maggior elasticità che si presuppone non rinuncerebbe a una sua dose di razionalità ma, come constatato, tenderebbe a esprimersi nella formulazione di inediti criteri di intervento all’interno della parte motiva. Dalle decisioni esaminate emergerebbero *standard* procedurali chiari e intellegibili, necessari per la Corte per fissare «il prevalere di un certo valore su di un altro» e per edificare, così, una «scala di valori»¹¹¹.

La definizione del «modo» e del «grado» di “prevalenza” sarebbero, dunque, oggetto di un modello valutativo in costruzione i cui criteri sembrano presentare due caratteristiche: 1) riproducono, traducendolo in un criterio procedurale, proprio i termini del bilanciamento; 2) rappresentano l’esito di un percorso evolutivo volto a riconoscere ed accogliere definitivamente la peculiarità dell’oggetto del giudizio: si adatterebbe così, consapevolmente, l’esigenza di utilizzare presupposti di intervento intellegibili e chiari, tipici di un ordinario processo, alla peculiarità della “materia costituzionale”, senza incorrere in ingenuità teoriche che fino all’attuale fase della giustizia costituzionale parevano remare contro l’effettività della garanzia.

Tale prospettiva tenta di creare, dunque, una connessione con quelle riflessioni dottrinarie le quali, pur ammettendo che la natura anfibia del organo e la peculiarità dell’oggetto del sindacato diano luogo a un affievolimento di quel «vincolo giuridico che l’ordinamento processuale attribuisce alle condizioni e ai presupposti dell’azione», ritengono che la fissazione di regole «predeterminate o determinabili»

¹¹⁰ Cfr. G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017, p. 298 e G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online.org*, 2020, p. 3 ss.; In merito a tale aspetto e al ruolo chiave svolto dal requisito della rilevanza nel suggellare il legame fra i due giudizi in una prospettiva generale, si veda L. CALIFANO, *Il giudizio di legittimità delle leggi e la garanzia dei diritti fondamentali*, in L. CALIFANO (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 112 ss.

¹¹¹ R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, cit., p. 82 ss.

rimarrebbe fra le priorità dello stesso organo di garanzia¹¹². In altre parole, le “concessioni” prodotte dall’auto-normazione non precluderebbero l’importanza delle decisioni « motivate in maniera chiara e diffusa », chiamate ad integrare il processo costituzionale e la sua intrinseca coerenza¹¹³.

6. Conclusioni. Verso uno sforzo di maggior coerenza processuale?

Nella fase giurisprudenziale sopradescritta il tema dei “valori” si rivela, dunque, la forza trainante di questo sviluppo ma, congiuntamente, anche uno dei nodi più controversi, un fattore che maggiormente espone l’evoluzione in corso a critiche facilmente sostenibili. Queste ultime, facendo perno sulla frammentarietà e apparente assenza di coerenza nella individuazione dei “beni costituzionali” che giustificano il ricorso a tecniche più attiviste, dubitano della stessa esistenza di un disegno in costruzione. Dietro le solenni dichiarazioni di principio, dunque, si intravederebbe una garanzia dei diritti ancora in balia della arbitrarietà del giudice costituzionale e di un’innovazione non in grado di rifuggire la fragile mutevolezza del caso per caso. L’osservazione empirica, da un lato, e il ricorso argomentazioni teoriche classiche, dall’altro, costituiscono le principali argomentazioni alla base di tali perplessità.

Con riferimento al primo punto, è innegabile che, nonostante i meritevoli tentativi di sistematizzazione posti in luce, l’analisi casistica abbia fatto emergere sovente diffuse disorganicità e incoerenze applicative. In questo scenario ha suscitato perplessità, ad esempio, la via intrapresa all’interno della sentenza n. 40 del 2023. Anche tale pronuncia si è posta sulla scia di quel sopradescritto percorso giurisprudenziale ampliativo volto ad estendere il concetto di “sproporzione” a tutte quelle misure formalmente di natura amministrativa ma aventi carattere sostanzialmente punitivo¹¹⁴.

¹¹² E. CATELANI, *La motivazione delle decisioni processuali*, in A. RUGGERI (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1994, p. 436 ss.

¹¹³ Si riprende la lucida proposta di R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1990-1992)*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 82 ss., poi ribadita in modo più articolato in R. ROMBOLI, *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 124 ss., il quale individuava in tale accrescimento degli oneri motivazionali una buona soluzione per coniugare l’effettività della funzione di garanzia con il rispetto della discrezionalità del decisore parlamentare in un momento storico in cui, in seguito al cosiddetto smaltimento dell’arretrato, la Corte andava a pronunciarsi sempre di più sull’indirizzo politico corrente e il suo processo risentiva sempre di più dell’esigenza di agire per faticose mediazioni.

¹¹⁴ Nella visione del giudice la rigidità della misura ostacolava la comminazione di risposte congrue a violazioni di differente entità rendendo, dunque, la stessa previsione irragionevole e incompatibile con i parametri correttamente indicati dai rimettenti. Tale percorso giurisprudenziale sopradescritto, peraltro, ha assunto sfumature ulteriori, estendendosi anche alla dimensione dell’efficacia della declaratoria di illegittimità e al giudicato costituzionale *ex art. 30* della legge n. 87 del 1953. Con la decisione n. 68 del 2021, la Corte, ribaltando la precedente posizione assunta nella sentenza n. 43 del 2017, ha accolto, mediante una decisione interpretativa, una lettura evolutiva del quarto comma dell’art. 30 ai fini di inglobare al di sotto l’eccezione di cui godono le sanzioni penali dichiarate incostituzionali anche le sanzioni amministrative sostanzialmente punitive, in ottemperanza all’indirizzo tracciato dal giudice di Strasburgo. Di conseguenza, la regola di carattere generale, per cui il principio della certezza del diritto assumerebbe valore recessivo in presenza dell’esigenza di assicurare che la pena sia compatibile al dettato costituzionale per tutta la sua durata, si estenderebbe ad alcune sanzioni amministrative, a prescindere dalla qualificazione formale delle stesse all’interno dell’ordinamento interno. Sul punto e sulla valutazione “caso per caso” a cui sarebbe di conseguenza chiamata la Corte si veda V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l’assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali*. Il

Tuttavia, è la dimensione creativa della decisione a non convincere fino in fondo nei suoi passaggi argomentativi. Lo schema definito nella decisione n. 185 viene applicato ed esplicitamente richiamato dalla Consulta la quale, tuttavia, diversamente dal precedente del 2021, rileva come, nel caso di specie, l'ablazione provocherebbe il famigerato "vuoto insostenibile" per i diritti fondamentali in gioco, *vulnus* potenziale che consente la via ricostruttiva alternativa. Nel dare seguito a tale soluzione, l'organo motiva dettagliatamente la propria scelta, offrendo forse conferma del fatto che all'enunciato "diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali", formula prescelta per identificare il presupposto "sostanziale" che consente di procedere a tale operazione additiva, si intenderebbe conferire, come intuito, una funzione tutt'altro che orientativa.

Tuttavia, la seconda sub-fase del giudizio, quella volta a individuare un trattamento sanzionatorio sostitutivo a rime adeguate, secondo il modello sperimentato a partire dalla decisione n. 236, appare meno efficace. La qualificazione della lacuna come "insostenibile" e il peso rivestito dal diritto in gioco risulta senza dubbio un'operazione delicata, un'opzione che già di per sé concede terreno alla discrezionalità al giudice costituzionale, data la insopprimibile difficoltà, quanto mai attuale in questa fase di rivolgimenti, nell'identificare logiche di prelazione che qualificano alcuni beni come più "primari" di altri. Nondimeno, è comunque difficile accogliere l'idea che la questione – la legittimità di una comminazione di una sanzione amministrativa fissa di 50.000 euro per le inadempienze delle strutture di controllo delle produzioni agroalimentari – afferisse a valori realmente "personalissimi", i quali sarebbero stati gravemente compromessi dall'omessa addizione.

Con riferimento a quest'ultima, peraltro, la decisione si segnala anche per (l'apparente) aggiunta di un altro criterio valutativo per individuare la norma di supporto, identificando la stessa come una previsione presente nel sistema accomunabile da una «piena omogeneità finalistica». Anche tale paradigma, però, risulta non del tutto convincente poiché la Consulta pare svincolarsi ulteriormente rispetto ai tentativi passati, scivolando verso un *iter* argomentativo e decisorio che pare davvero navigare verso i "versi sciolti".

A rafforzare tale criticità non è tanto l'arricchimento delle coordinate del nuovo *modus decidendi* attraverso l'assunzione di un parametro teleologico – il quale, peraltro, nel caso specifico risultava così sufficientemente solido da risultare quasi affine alla soluzione "a rime interne" individuata nella decisione n. 236 del 2016¹¹⁵ – quanto il fatto che proprio la parte creativa pareva distanziarsi dai criteri di cui si è

limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione, in *Nomos-Le attualità nel diritto*, 2/2021, p. 1 ss. (in part. p. 8 ss.) e M. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, in *Sistema penale*, 20 aprile 2021.

¹¹⁵ Si attingeva, infatti, alla cornice edittale prevista per omologhe violazioni riguardanti i prodotti BIO.

parlato. Si è osservato, infatti, come la Corte non si sia fermata all'individuazione di una soluzione sufficientemente analoga, ancorché non costituzionalmente obbligata, ma abbia deciso di accoglierla parzialmente, operando una “manipolazione sulla manipolazione”, ossia prendendo in prestito solo il minimo edittale della previsione di riferimento e mantenendo il tetto sanzionatorio della disposizione censurata¹¹⁶.

Tale intervento chirurgico, seppur probabilmente motivato dall'intento di pervenire ad una soluzione compromissoria fra, da un lato, gli indirizzi perseguiti dal legislatore penale in materia¹¹⁷ e, dall'altro, l'orientamento giurisprudenziale che preme in favore della creazione di un ventaglio sanzionatorio “proporzionato”, determinerebbe una torsione ulteriore della logica della “rima”, evoluzione che concederebbe ulteriore terreno alla discrezionalità del giudice delle leggi. Quest'ultimo non solo disporrebbe della possibilità di superare le strettoie della soluzione normativa univoca in favore di una pletora di previsioni di rango legislativo, ma acquisirebbe la possibilità di intervenire chirurgicamente sulle stesse, identificando, di fatto, una terza via, il cui difetto principale è la carenza di prevedibilità. In una fase di delicata ri-edificazione delle forme procedurali come quella attuale, tale elemento romperebbe parzialmente la continuità a cui pareva essere pervenuta la Corte con la decisione n. 185¹¹⁸, e che sembrava poi essersi consolidata attraverso interventi successivi¹¹⁹.

Con riferimento alla più ampia prospettiva teorica, invece, è difficile non scontrarsi con la scivolosità della categoria dei “valori di primario rilievo”, una problematica annosa che si accompagna al correlato dilemma di poter trarre dalla stessa univoci contenuti e di poter pervenire ad una gerarchia in astratto dei principi e dei diritti fondamentali¹²⁰.

In particolare, i rivolgimenti che attraversano l'attuale giudizio insistono sul rischio latente che la ricerca di una rifondazione delle forme che trovi legittimazione nei valori, nei “vuoti insostenibili” e nella presenza di “danni irreparabili”¹²¹ favorisca una tendenza verso una lettura etico-filosofica della

¹¹⁶ Sul punto si rimanda all'autorevole riflessione di R. PINARDI, *Una pronuncia a rime “possibili”, ma anche “parziali”. Nota alla sentenza n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2023, in part. pp. 131-132.

¹¹⁷ Tema che ritorna, con chiarezza, nella più recente decisione n. 138 del 2024 in cui il giudice costituzionale persegue, proprio sulla base di queste motivazioni, la via opposta.

¹¹⁸ Sul punto si rimanda all'autorevole riflessione di R. PINARDI, *Una pronuncia a rime “possibili”, ma anche “parziali”. Nota alla sentenza n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2023, in part. pp. 131-132.

¹¹⁹ Fra le tante si richiamano le sentenze nn. 28 e n. 62 del 2022.

¹²⁰ Un tema che da sempre agita la dottrina e la stessa giurisprudenza della Corte la quale, nella nota decisione n. 85 del 2013, ha espresso argomentazioni divenute note e paradigmatiche proprio per aver negato la possibilità di figurare una forma di gerarchia fra diritti e, soprattutto, una graduazione fra beni che si fondi sul dato letterale o sulle argomentazioni espresse nella stessa giurisprudenza e, più in generale, che possa valere in astratto: tutti i diritti sarebbero dunque soggetti ad una «integrazione reciproca» e ad un'interazione costante che li espone a un bilanciamento situazionista (cfr. punto 9 del *Considerato in diritto*).

¹²¹ Si allude, indirettamente, al modello argomentativo articolato su vari passaggi elaborato da A. Spadaro, il quale, nell'immaginare i presupposti giustificativi di natura procedurale e sostanziale che potrebbero assurgere a paradigmi ricorrenti per legittimare l'interventismo della Corte, individua anche, fra i vari requisiti che il caso dovrebbe soddisfare, l'accertamento della sussistenza di un danno “irreversibile” per il bene costituzionale in gioco come fattore chiave, in A.

Costituzione:¹²² una china interpretativa che contribuirebbe a minare la rifondazione di un giudizio di legittimità interventista saldamente costruito “per valori” e che tuttavia ricerca, al contempo, l’aderenza rigorosa alle forme del giuridico.

In tale quadro, lo sforzo verso l’edificazione di un indirizzo intellegibile e, più nello specifico, di forme e criteri predefiniti risulta, a maggior ragione, ancora più necessario. D’altra parte, tale argomentazione, riassumibile nell’idea che, di fronte a incisive innovazioni concernenti le modalità decisorie del giudice costituzionale, sia indispensabile fissare canoni di interventi coerenti, enucleabili nella parte motiva della decisione, non ha in sé nulla di nuovo¹²³, come osservato: esso si pone sulla scia di considerazioni dottrinarie ricorrenti, emerse anche in occasione del dibattito concernente la modulazione degli effetti temporali, sia quello più datato¹²⁴, sia quello più “recente”¹²⁵, riferito a seguito dell’emanazione della sentenza n. 10 del 2015¹²⁶.

Come osservato in relazione alla decisione spartiacque concernente la cosiddetta *Robin Tax*¹²⁷, l’alto livello di trasparenza e di intellegibilità del percorso volto a giustificare il bilanciamento non servirebbe tanto a costruire, in modo sterile, una giustificazione per esercitare una funzione che ad essa non appartiene, quanto piuttosto ad assumere su di sé la responsabilità dell’intervento, operando un bilanciamento

SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2/2023. La riflessione dell’Autore si inserisce, in realtà, in un panorama di riflessioni nelle quali sono emerse varie proposte di sistematizzazione. Tra le possibili soluzioni che oggi vengono prospettate in dottrina con il fine di razionalizzare, normandolo, il nuovo *modus decidendi* espansivo della Corte, si segnalano opzioni più ambiziose volte ad intervenire addirittura sul fronte del legislatore e opzioni più proiettate verso un intervento di razionalizzazione agente sul versante dell’organo di garanzia. Se le prime risultano di indubbio interesse ma appaiono, sotto alcuni aspetti, di difficile attuazione (si veda, ad es. la interessante proposta di F. Paterniti in caso di omessa legiferazione da parte del Parlamento in F. PATERNITI, *Le omissioni del legislatore. Profili, problemi, prospettive*, Napoli, Editoriale scientifica, 2023), la prospettiva dell’auto-normazione e dell’accrescimento degli oneri motivazionali appare connotata da un interessante pragmatismo, seppur fra luci e ombre. Per un’attenta ricostruzione delle stesse si rimanda a R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta online*, III/2023, p. 812 ss.

¹²² M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 213.

¹²³ È facile rievocare, inoltre, la sempreverde riflessione di Pizzorusso che sottolineava come le inosservanze della Corte non possano certo essere interpretate «come espressione di una sorta di libertà dalla legge processuale», in A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 133 ss.

¹²⁴ I cui tratti salienti si riassumono in V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 336. Si veda anche V. ANGIOLINI, *La Corte senza il processo, o il processo costituzionale senza processualisti?*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta* - Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990, Torino, Giappichelli, 1990, p. 20 ss.

¹²⁵ Sul punto si veda C. COLAPIETRO, *La trasparenza del percorso motivazionale seguito dalla Corte costituzionale nella teorizzazione del potere di modulazione degli effetti temporali delle proprie sentenze di accoglimento*, in *Liber Amicorum in onore di Augusto Cerri*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, p. 263 ss.

¹²⁶ Chiamato ad esprimersi sulla legittimità della cosiddetta *Robin Hood Tax*, il giudice delle leggi, in forza della necessità di garantire un «ragionevole bilanciamento tra i diritti e i principi coinvolti», ha eluso il limite della naturale retroattività della declaratoria di incostituzionalità, derogando in via pretoria a quanto imposto dall’art. 136 Cost. e dall’art. 30, legge n. 87 del 1953 mediante la previsione della sola efficacia *pro futuro* della decisione di accoglimento.

¹²⁷ Sul punto cfr. M. RUOTOLO-M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d’incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin tax*, in *Rivista AIC*, 2/2015, spec. p. 6 ss.

«esplicito e soprattutto adeguatamente motivato». Quest'ultimo permetterebbe di soppesare la misura di tale graduazione degli effetti temporali, valutando se l'allontanamento dalla prescrizione posta dagli artt. 136 Cost. e 30 della legge 87 del 1953 risulti «congrua rispetto al valore tutelato»¹²⁸.

Tali presupposti non mutano se posti in relazione alla questione della discrezionalità del legislatore e al nodo della soluzione a rime libere. Anzi, essi acquisiscono ulteriore rilevanza: benché anche il tema della graduazione degli effetti della decisione di accoglimento porti alla luce i rischi connessi all'allontanamento dalle regole processuali e costitutive del giudizio di costituzionalità da parte di un organo che non disporrebbe dell'efficacia delle proprie decisioni, il rimodellamento della previsione che più direttamente riflette i confini funzionali dell'organo di garanzia richiederebbe ancor più prepotentemente l'ancoraggio a parametri argomentativi solidi¹²⁹.

L'inquadramento sviluppato nei paragrafi precedenti ha tentato di evidenziare come tale processo, più o meno convincente nella sua linearità, sia in corso. Ulteriore prova di tale intenzione ricostruttiva può trovarsi anche se si adotta una prospettiva speculare, prendendo in esame, paradossalmente, quelle pronunzie nelle quali i nuovi paradigmi non trovano oggi applicazione, dando luogo a soluzioni che ricadrebbero nella classica categoria della decisione di rigetto e dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata. Attraverso l'osservazione di decisioni meno attiviste, infatti, è possibile comunque trarne delle conferme logiche che danno sentore di un mutamento ma anche di uno sforzo di coerenza, come dimostrano, ad esempio, le pronunzie nn. 32 del 2021, 33 del 2021 e 22 del 2022, da un lato, e 138 del 2024, dall'altro.

Nel primo gruppo di sentenze la Corte ha optato per il rigetto della questione di fronte alla necessità di dar luogo ad una ristrutturazione organica della disciplina. L'esito sembra dimostrare, da un lato, come l'effettività della garanzia, anche in presenza di beni di rilievo costituzionale in sofferenza e vuoti di tutela di dubbia "tollerabilità", non prevalga sui limiti strutturali della rima adeguata e sui nuovi presupposti applicativi delle attuali modalità decisorie. I limiti evidenziati in tali decisioni contribuirebbero a dimostrare l'applicabilità della stessa solo all'interno di "porzione" estremamente limitata dell'ordinamento, ossia laddove sia possibile intervenire mediante un intervento puntuale¹³⁰. Nelle circostanze in cui, infatti, appaia necessaria un'azione ricostruttiva su larga scala, la Corte non esita a

¹²⁸ S. PANUNZIO, *Incostituzionalità "sopravvenuta", incostituzionalità "progressiva" ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 273 ss.

¹²⁹ Cfr. R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2015, p. 610.

¹³⁰ Circostanza che, in realtà, sarebbe da sempre connaturata alla rima obbligata, in M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 220 ss.

ripiegare su formule decisorie più in linea con la deferenza del passato, dimostrando forse implicitamente la vincolatività e necessaria concomitanza dei criteri enucleati nel tempo¹³¹.

Tuttavia, in prospettiva opposta, la Consulta pare rammentare come, laddove vi sia una prolungata violazione dei diritti in gioco: 1) soltanto l'esigenza di una totale riscrittura o fondazione di un regime normativo possa frenare l'accoglimento e che 2) tale preclusione non esista *sine die*, come si evince dalla natura peculiare del monito che assume la forma, molto più che nel passato, di reale *ultimatum*¹³².

¹³¹ Questo “giro di chiave” sulle decisioni di inammissibilità viene peraltro ribadito a chiare lettere nella decisione n. 221 del 2023 dove si legge, al punto 4 del *C.i.D* “solo se manca una soluzione costituzionalmente adeguata o se «il superamento dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale esige un intervento di sistema del legislatore» (sentenza n. 47 del 2023), allora la questione è inammissibile (...)”.

¹³² Nel primo caso la Consulta rammenta come l'assenza di un'adeguata forma di tutela che salvaguardi giuridicamente il rapporto con la madre intenzionale con cui il minore ha sviluppato un legame di cura e affetto rappresenta, dunque, un vuoto garantistico che richiede un «impellente intervento» parlamentare. Ancora più perentorio l'*ultimatum* tracciato nella decisione n. 33. Pur ribadendo con fermezza il divieto di surrogazione di maternità già affermato nella decisione n. 272 del 2017, il collegio afferma come la vera questione in gioco sia costituita, in realtà, dal principio guida del *best interest* del minore, violato da una deprecabile lacuna ordinamentale che lascerebbe i nati da tale pratica all'estero sprovvisti di opportuna garanzia. Non è, infatti, ribadisce la Consulta, il diritto alla genitorialità il vero nodo sotteso alla questione quanto l'interesse del bambino a veder salvaguardati i legami creati all'interno dell'unione familiare, esigenza che affonda le sue radici proprio nell'art. 2. Giustificare l'assenza di una normativa individuante una procedura garantistica che offra «una concreta possibilità di riconoscimento giuridico» per i minori alla luce dell'obiettivo legittimamente perseguito dallo Stato di scoraggiare la pratica della surrogazione costituirebbe, a dire del giudice, una strumentalizzazione della persona che non trova spazio nel sistema costituzionale dei valori. Benché debba essere il Parlamento a dover rimediare a tale *vulnus*, individuando «un ragionevole punto di equilibrio fra i valori in gioco», l'organo di garanzia chiarisce di non poter legittimare un'ulteriore inerzia in tale ambito e che essa non potrà più essere tollerata. In secondo luogo, nella sentenza n. 32 il giudice costituzionale, pur rinunciando all'intervento, avanza alcune possibili opzioni correttive che il legislatore potrebbe accogliere per porre rimedio al problema e alla frammentarietà del quadro normativo, facendo preconizzare, dunque, che un eventuale e futuro accoglimento risulti percorribile. Queste direttive specifiche al legislatore emergono anche nella sentenza in materia di REMS (punto 6 del *Considerato in diritto*), accompagnate da formula analoga e ultimativa dell'intollerabilità dell'“eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa”. In quest'ultimo caso, sembra che la forza dell'invito e la sua severità trovino nel previo esercizio dei poteri istruttori (ordinanza n. 131 del 2021) un ulteriore fattore di legittimazione poiché negli stessi la Corte dimostra non solo di voler comprendere pienamente l'entità del problema sistemico e preparare le basi per un futuro intervento normativo ma, facendo leva su uno dei suoi strumenti più “ordinari”, dimostrerebbe di aver esperito tutti i canali possibili della leale collaborazione mediante il coinvolgimento di tutti i soggetti istituzionali coinvolti, sul punto cfr. O. DI CAPUA, *La Corte alla ricerca di nuove strade per garantire la massima effettività dei diritti fondamentali. Note a margine della sentenza n. 22 del 2022 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2022, spec. p. 307.

Difatti, la natura perentoria e caratteristica dell'impulso descritto¹³³, che pare rinvenirsi anche in alcune decisioni successive (dalla n. 183 del 2022¹³⁴ alle n. 47 e n. 71 del 2023¹³⁵) sembra assumere una sua autonomia nel panorama delle decisioni.

Nella sentenza n. 138 del 2024, invece, la Corte ritorna, sulla scorta della già menzionata decisione n. 40 del 2019, sulle “sproporzioni” relative ai trattamenti punitivi concernenti il traffico di stupefacenti, ravvisando, ancora una volta, le criticità concernenti l'ampia forbice sanzionatoria prevista per reati di ordinaria e lieve entità. Nonostante ciò, la scelta di propendere per l'inammissibilità si fonda su un ben strutturato percorso argomentativo in cui si ammette l'inutilizzabilità dei punti di riferimento normativi disseminati nell'ordinamento e l'assenza di “grandezze predate” idonee a colmare il vuoto dell'annullamento. Nel far ciò la Consulta sviscera nel dettaglio come le previsioni di supporto astrattamente utilizzabili rischierebbero di vanificare quelle scelte di politica criminale perseguite dal legislatore. Il collegio dimostra così, attraverso un'efficace argomentazione che - chiamando in causa la

¹³³ Su questa presunta sub-categoria in formazione cfr. M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, Relazione tenuta al Convegno “I 70 anni della Legge n. 87 del 1953: l'occasione per un “bilancio” sul processo costituzionale”, Convegno annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa”, Università dell'Insubria, Como, 26-27 maggio 2023, disponibile sul sito dell'Associazione Gruppo di Pisa”, spec. p. 35, poi confluito nel contributo M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, in *Diritto e società*, 1/2023, p. 1 ss.

¹³⁴ Si tratta di una pronunzia in cui la Corte affronta la questione dell'irragionevolezza delle tutele apprestate dalla legge in caso di ingiusto licenziamento. La formula ricorda quella della sub-categoria individuata, pur tuttavia, il percorso argomentativo appare più mite e più in linea con le formule classiche di incostituzionalità accertata ma non dichiarata le quali, seppur sempre più sporadiche, hanno continuato a resistere nell'armamentario del giudice delle leggi. Nella fase successiva all'intervallo osservato nei precedenti capitoli (fino al 2013), ha sempre trovato applicazione il consueto schema dell'inammissibilità con monito o la manifestazione di tiepidi auspici di revisione, come dimostrano le decisioni n. 223 del 2015 e n. 230 del 2020, rispettivamente in materia di reati contro il patrimonio e genitorialità nelle coppie omosessuali. Con la prima decisione la Corte affronta la legittimità costituzionale dell'art. 649, comma 1, c.p. nella parte in cui esclude la punibilità dei congiunti della persona offesa responsabili di determinati reati contro il patrimonio. Pur riconoscendo l'irrazionalità della previsione, frutto di una concezione anacronistica dell'unità familiare, la Corte ripiega nell'inammissibilità, dedicando un particolare rilievo al peso della discrezionalità legislativa nell'evoluzione della disciplina: essa si manifesterebbe, «non solo nella espressione di nuove scelte normative, ma anche nella stessa conservazione, nel tempo, dei valori normativi già affermati nell'ordinamento». Il collegio non manca di ricordare, infine, «il limite fondamentale posto all'azione di questa Corte, cui è precluso ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» (sentenza n. 223 del 2015, punto 5.1 del *Considerato in diritto*). In questa ipotesi, la Corte ritiene prospettabile una pluralità di soluzioni «alternative, costituzionalmente compatibili, idonee ad evitare che prevalga sempre e comunque, per determinate figure parentali, la soluzione dell'impunità, anche contro la volontà della vittima ed anche quando non vi sia, nel concreto, alcuna coesione da difendere per il nucleo familiare». Nella più recente decisione, invece, la Corte affronta la questione sollevata dal Tribunale ordinario di Venezia il quale dubitava della legittimità costituzionale dell'art. 20 della legge n. 76 del 2016 nella parte in cui preclude alle coppie di donne omosessuali unite civilmente di essere indicate entrambe come genitori in un atto di nascita, qualora avessero fatto ricorso all'estero a pratiche di fecondazione medicalmente assistita. La Corte ha dichiarato la questione inammissibile sostenendo che «una diversa tutela del miglior interesse del minore, in direzione di più penetranti ed estesi contenuti giuridici del suo rapporto con la “madre intenzionale”, che ne attenui il divario tra realtà fattuale e realtà legale, è ben possibile, ma le forme per attuarla attendono, ancora una volta, al piano delle opzioni rimesse alla discrezionalità del legislatore» (sentenza n. 230 del 2020, punto 9.1 del *Considerato in diritto*).

¹³⁵ Rispettivamente concernenti la questione della carenza di contraddittorio endo-procedimentale nella disciplina inerente agli accertamenti fiscali (le cosiddette verifiche “a tavolino”) e sulla disciplina del Fondo di solidarietà comunale (FSC) e sui vincoli di destinazione.



sentenza n. 40 del 2019, rinsalda la continuità con gli esordi - come operazioni “taglia e cuci” di tal fatta fuoriescano dagli argini più flessibili ma cogenti delle rime possibili.

Volgere lo sguardo a quelle opzioni decisorie che oramai parevano cristallizzate in forme univoche risulta dunque utile per sviluppare una visione onnicomprensiva del processo di ri-conformazione della stessa funzione che trascende le singole tecniche¹³⁶. Quest’ultimo sarebbe dunque animato da una spinta trasformativa che pare cambiare definitivamente il volto del giudizio di costituzionalità e le sue forme: un paradigma in cui il *favor* verso l’effettività della tutela emergente nelle trame del ragionamento della Corte incontra un argine nei consueti punti fermi, seppur in una cornice di sempre più flebile tolleranza verso la sopravvivenza di normative lesive per i diritti fondamentali.

¹³⁶ In questo filone, infatti, può facilmente ricondursi anche la decisione relativa alla questione dell’affettività intramuraria del detenuto, delicata questione sciolta dalla Corte nella sentenza n. 10/2024. Pur esulando formalmente dalle soluzioni decisorie esaminate, trattandosi di un’additiva di principio, la sentenza si inserisce pienamente nella tendenza esaminata, presentando tutti i presupposti enucleati come caratterizzanti la nuova fase del giudizio incidentale. Per un approfondimento della decisione di sicuro interesse (anche per le peculiarità e le ombre che la connotano) v., in questa *Rivista*, V. CIACCIO, *L’affettività dei detenuti tra inerzia del legislatore e attivismo della Corte costituzionale. Un caso di eterogenesi dei fini*, fasc. 16/2024, p. 23 ss.