

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 4/2019

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli
Direttore responsabile

Giuseppe Caia
Beniamino Caravita di Toritto
Marta Cartabia
Antonio D'Atena
Guido Greco
Massimo Luciani
Franco Modugno
Giuseppe Morbidelli
Marco Ruotolo

Comitato scientifico

Marino Breganze	Fabio Merusi
Paolo Carnevale	Jorge Miranda
Giuseppe de Vergottini	Alejandro Saiz Arnaiz
Michele Della Morte	Dian Schefold
Thierry Di Manno	Franco Gaetano Scoca
Laurence Folliot Lalliot	Gaetano Silvestri
Pietro Giuseppe Grasso	Karl-Peter Sommermann
Natalino Irti	Federico Sorrentino
Anne-Marie Le Pourhiet	Mario Rosario Spasiano
Stelio Mangiameli	Aldo Travi

Comitato di Redazione

Daniele Chinni
Tatiana Guarnier
Coordinatori

Flaminia Aperio Bella
Marta Cerioni
Francesco Crisafulli
Guglielmo Aldo Giuffré
Paolo Provenzano
Enrico Zampetti

SOMMARIO 4/2019

saggi

- Gustavo Zagrebelsky, *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale. Un'introduzione* 545
- Filippo Pizzolato, *Culture costituenti e Corte costituzionale: il nodo del pluralismo* 551
- Giorgio Repetto, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale. Profili processuali* 587
- Laura Ronchetti, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale in nome della pari dignità sociale: sofferenza dei diritti e insofferenza per chi li calpesta* 631
- Daniela Bifulco, *Il vincolo del diritto internazionale, la decisione sulla politica estera e la Corte costituzionale italiana* 671
- Giuseppe Martinico, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo* 691
- Angioletta Sperti, *Corte costituzionale e opinione pubblica* 735
- Franco Modugno, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità* 791

Questo fascicolo di «Diritto e Società» è integralmente dedicato alle relazioni presentate in occasione del Convegno «Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale», svoltosi presso l'Università di Torino nei giorni 17 e 18 ottobre 2019. Siamo grati ai Colleghi costituzionalisti organizzatori del Convegno per averci offerto i relativi Atti e in particolare al Prof. Gustavo Zagrebelsky, che ci ha fatto omaggio del contributo introduttivo che apre il fascicolo.

SAGGI

Gustavo Zagrebelsky

SOFFERENZE E INSOFFERENZE DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE. UN'INTRODUZIONE*

Gli scritti che seguono sono stati presentati al “piccolo convegno” che si è svolto in un giorno e mezzo, dal 17 al 18 del mese di ottobre 2019, per iniziativa del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino.

“Piccolo convegno” per tentare di mettere a fuoco alcune tendenze recenti della giustizia costituzionale che possono rappresentare novità tutt'altro che piccole. C'è del nuovo e che cosa succede al Palazzo della Consulta? E, se del nuovo c'è, è destinato ad affermarsi stabilmente in una “fase”, come si usa dire, della giustizia costituzionale nel nostro Paese?

* * *

L'impressione che deve essere sottoposta a esame è d'una certa insofferenza nei confronti dei limiti e delle costrizioni che inevitabilmente derivano dalla concezione giudiziaria della garanzia costituzionale. È la concezione che indubitabilmente ha ispirato i principi e le norme che regolano l'esercizio delle funzioni della Corte costituzionale (salvo il controllo di ammissibilità del referendum abrogativo). Ma, la garanzia della Costituzione può essere completamente contenuta negli schemi comuni del diritto processuale? Per quanto essi siano concepiti in termini di processo di diritto oggettivo o, quantomeno, di diritto misto, di diritto soggettivo per un verso e oggettivo per un altro, la sensazione è che i limiti e le costrizioni conseguenti siano percepiti – a torto o a ragione, non nella routine del lavoro quotidiano ma nei casi in cui sono in gioco

* Contributo non sottoposto a procedimento di revisione, ai sensi dell'art. 2, comma 5, del Regolamento della Rivista.

valori, esigenze e perfino pericoli che toccano i fondamenti della vita costituzionale – come letti di Procuste. Potremmo dire: i casi “altamente o specialmente” costituzionali.

È facile, forse troppo facile, bollare certi nuovi atteggiamenti della giurisprudenza costituzionale e certi modi di porsi della Corte - istituzione e singoli componenti - come cedimento alla politica. Questa parola, con la sua molesta ambiguità, può indicare cose diverse e diversamente valutabili, pur se pericolosamente a rischio di contiguità le une alle altre e non sempre ugualmente apprezzabili, ma accomunate in negativo dal distinguersi dalla ordinaria concezione giurisdizionale della giustizia costituzionale.

Del resto, la qualifica della “giurisdizione costituzionale” come giurisdizione è sempre stata, se non contestata in toto, almeno accompagnata da precisazioni. La stessa Corte costituzionale ha inteso distinguersi, fin da decisioni risalenti nel tempo. Se, qualche volta, quella qualifica se la è attribuita, l’ha fatto – si potrebbe dire – “ai limitati fini”: di sollevare questione costituzionale innanzi a sé medesima, o di proporre la “pregiudiziale europea” davanti alla Corte di giustizia.

Si può dire, forse, così? La garanzia della Costituzione si svolge normalmente nelle forme e nei limiti della giustizia costituzionale come giurisdizione, secondo le norme processuali prestabilite, congrue rispetto allo scopo. Le forme e i limiti sono di regola sufficienti. Ma, forse, la funzione di garanzia ha una vocazione più ampia che la giustizia costituzionale come stretto processo non riesce a soddisfare. Allora, la garanzia fa aggio sui limiti e sulle forme e cerca le strade procedurali per farsi strada tra le difficoltà e per raggiungere il suo scopo. Per esempio, così si è proceduto nei casi in cui il rispetto delle regole comporterebbe l’esistenza delle cosiddette “zone franche” rappresentate da leggi di difficile, se non impossibile, applicazione giudiziaria.

* * *

In dottrina esiste la distinzione tra processo e procedimento, una distinzione da cui forse si potrebbe attingere qualche riflessione per comprendere, cioè per dare una interpretazione razionalizzante a ciò che vediamo sotto gli occhi. Per esempio, qualche riflessione come quella che segue.

Il processo, in tutte le sue modalità, è mosso dagli intenti e mira alla soddisfazione secondo diritto di diritti e interessi (privati o pubblici,

come è per il pubblico ministero nel processo penale) di cui i soggetti che operano nel processo sono portatori specifici. Il procedimento, invece, è una sequela di fasi e atti collegati tra loro che mirano alla realizzazione di un interesse pubblico e da tale interesse traggono la loro legittimità. Nel processo, gli interessi in gioco sono – per così dire – tutti interni; nel procedimento, sono esterni. Nel primo caso, il rispetto delle norme processuali, cioè la legalità processuale, non ha altro fine che la protezione delle posizioni di coloro che stanno nel processo; nel secondo, il rispetto delle norme procedurali è finalizzato a interessi esterni, più ampi, “politici”. Secondo una certa terminologia che richiama una controversia risalente tra i processual-civilisti, il processo è un’istituzione di diritto soggettivo; il procedimento, di diritto oggettivo.

Si dirà che questa distinzione contiene un’autorizzazione per il giudice costituzionale ad agire secondo opportunità, bastandogli l’appello al “superiore interesse” della garanzia costituzionale per svincolarsi nella misura necessaria dalle regole processuali e dalla giurisprudenza che le ha consolidate in tanti anni di attività. Un’autorizzazione a “sorvolare”, come fu detto in una lontana occasione (e non precisamente quando erano in gioco superiori interessi costituzionali). “Secondo opportunità” è per l’appunto una caratteristica dell’attività politica, ed è evidente che tutte le volte che la Corte si discosta dalle regole e dai suoi precedenti incorre in giudizi che ne minano l’autorità come organo neutrale, *super partes*, non flessibile. Il rispetto delle regole irrigidisce, ma difende dai giudizi e dagli apprezzamenti pelosi, quando le decisioni della Corte convergono, e dalle denigrazioni interessate, quando dispiacciono.

Si può dire questo e altro per approvare o deplorare, ma forse il compito nostro è, prima di giudicare, comprendere, inquadrare. A questo fine, la distinzione tra processo e procedura può aiutare. Con questa aggiunta: quando si passa dal processo alla procedura si dovrebbe argomentare il passaggio e non nascondere facendo finta di niente o avvolgendolo in mascheramenti più o meno arzigogolati che cercano di raggiungere il fine confondendo i mezzi. Così avviene, a mio parere, quando ci si rifugia nella zona grigia del bilanciamento tra cose eterogenee, quali le regole processuali e le esigenze sostanziali, operazione che di bilanciamento ha soltanto il nome ma non la sostanza. Per esempio, così è quando oggettivi equilibri finanziari dello Stato e diritti e interessi soggettivi si “bilanciano” delimitando gli effetti temporali delle dichiarazioni d’incostituzionalità, in tal modo vanificando l’essenza del giudizio costituzionale incidentale. In questi casi, parlare di “bilanciamento” sembra un modo per dare

l'impressione d'essere dentro le coordinate del processo, mentre in realtà se ne esce e si entra in quelle del procedimento.

Altro esempio, esplicitamente dettato dall'esigenza di coprire le zone franche è la giurisprudenza sulle leggi elettorali. La vecchia tesi del giudizio *a quo* come occasione della questione di costituzionalità o della rilevanza come condizione normale ma non necessaria in situazioni speciali è diventata inopinatamente d'attualità, dopo decenni di "pregiudizialità costituzionale" via via sempre più strettamente intesa. Questo esempio, unitamente a quello riguardante le leggi penali di favore, mostra la tendenza della funzione obiettiva di garanzia costituzionale a preponderare sulla funzione di garanzia dei diritti e degli interessi costituzionali individuali. Il rilievo che il sistema di giustizia costituzionale adottato in Italia abbia in radice un'ambiguità non è certo una novità. Questa ambiguità spiega le oscillazioni della giurisprudenza e spiega, *secundum eventum*, l'insoddisfazione che i destinatari, a seconda del prevalere dell'una o dell'altra concezione manifestano (scatenando così la bulimia dei commentatori alla ricerca di aporie e contraddizioni).

Quando opera ai o al di là dei margini del processo, la Corte costituzionale naviga in mare aperto, senza rive e sponde che non siano autolimitazioni. La tentazione di strafare può essere grande, come è apparso nella decisione che ha stabilito l'incostituzionalità della legge elettorale, non solo "sorvolando" sul rapporto-legame tra processo costituzionale e giudizio *a quo* e prendendo passivamente atto delle argomentazioni del giudice rimettente, ma aggiungendo un ammonimento circa le conseguenze sulla stabilità delle istituzioni parlamentari, conseguenze da trarre dall'accoglimento della questione proposta. Non solo molti commentatori, indipendentemente dal merito, hanno stigmatizzato questa aggiunta, posticcia rispetto alla decisione e invasiva dei compiti successivi degli applicatori della sentenza: perfino la Corte di Cassazione ha protestato, pur piegandosi *oborto collo*. Come intendere questo inusuale passaggio della decisione, che qualificare come *obiter dictum* sarebbe riduttivo, essendo un vero e proprio dettame normativo per circoscrivere la portata potenzialmente dirompente della decisione d'incostituzionalità? Quando ci si allontana dal quadro processuale stabilito dalla legge che definisce tanto le condizioni di partenza quanto gli effetti del giudizio costituzionale in coerenza con tali condizioni, si entra in un campo minato. Alle forzature a monte corrispondono forzature a valle. Si comprende la ragione politica di queste ultime: il timore d'uno sconvolgimento. Con l'effetto, però, che la decisione d'incostituzionalità che avrebbe potuto determinare un ter-

remoto è stata, per così dire, sterilizzata dalla stessa Corte costituzionale: tanto o nulla, marcia avanti e poi marcia indietro. Il giudice non dovrebbe fare marce, ma stare fermo nel punto d'equilibrio che l'ordinamento processuale gli assegna.

* * *

Tutte le volte che un giudice “si muove” in un senso o in un altro – comprendiamo il significato dell'espressione – entra in una dimensione politica nella quale la legittimazione formale derivante dalla legge non è sufficiente. Non saprei dire se c'è un rapporto di causa ed effetto consapevole, oppure se è una coincidenza, peraltro significativa, la tendenza recente della Corte a cercare una legittimazione ulteriore, per così dire, in campo aperto, attraverso il dialogo con soggetti che non hanno di per sé un proprio *status* processuale definito, in nome della trasparenza, della partecipazione, perfino della democratizzazione della sua funzione. C'è da chiedersi perché in tanti anni un'esigenza di questo genere non sia stata avvertita e ci si sia sempre attenuti, più o meno scrupolosamente, al principio che la Corte – come tutti i giudici – parla (solo) con le proprie sentenze o, al massimo, con l'ufficialità che è propria delle allocuzioni presidenziali annuali in presenza della stampa. Oggi, sembra che ci sia bisogno d'altro, come se l'autorità della Corte non basti a se stessa e abbia bisogno d'altro. Così, uscendo dai nostri schemi tradizionali, conosciamo e conosceremo gli *amici curiae*, l'accesso al giudizio di soggetti che possono esprimere “opinioni” proprio come avviene negli *hearings* parlamentari, i “comunicati” che precedono e, in realtà, sostituiscono nell'opinione pubblica le sentenze la cui lettura sarà poi limitato alla dottrina, i “viaggi in Italia” per promuovere conoscenza e fiducia nella Corte costituzionale presso pubblici “dedicati” di studenti o carcerati, l'attivismo dell'ufficio-stampa, fino al filmato in cui singoli giudici, qualche volta con un certo comprensibile imbarazzo, si sforzano di mostrare il loro volto umano, vicino alla gente.

È pressoché sicuro che la saggezza dei giudici costituzionali saprà cogliere i rischi ed evitare gli scivoloni che, con linguaggio anch'esso molesto, potremmo chiamare populistici. Saprà evitare di considerare il lavoro appartato e l'essere fuori dallo *strepitus fori* non una saggia protezione del loro lavoro ma una *deminutio* rispetto alla notorietà di cui gode, nel bene e nel male, chi opera in altri organi costituzionali, quelli sì caratterizzati politicamente.

* * *

Le poche note che precedono vogliono mettere in luce l'intento dei promotori del convegno torinese, di cercare di cogliere qualche linea di novità nell'essere e nell'operare della nostra Corte costituzionale. A questo fine ci si è rivolti principalmente a studiosi ai quali, per la loro giovane età rispetto a quella della generazione dei costituzionalisti "di mezzo" alla quale io appartengo, è di giovamento una maggiore indipendenza di giudizio e un minor timore reverenziale verso gli storici maestri della nostra materia.

Salta agli occhi, tuttavia, la presenza tra i partecipanti del nostro incontro di uno di noi che fa da importante anello di congiunzione tra le generazioni, quella dei suoi antichi maestri e quella dei suoi discepoli di oggi, ai quali dedica generosamente la sua maestria. Il professor Franco Modugno, coerente con il suo attaccamento alla ininterrotta riflessione che è l'onore d'appartenenza al mondo accademico, ha accettato di partecipare con una relazione nella quale traccia quello che è quasi un bilancio di due itinerari intellettuali diversi. All'inizio, c'erano due parallele che sembrava non dovessero incontrarsi mai. Non è stato così, per quel che mi riguarda ciò è avvenuto più per la forza di un'esperienza che ha dimostrato l'inattualità di certe mie premesse che non per la loro insostenibilità teorica astratta. Il punto cui siamo giunti è una significativa convergenza su molti punti fondamentali. Gli sono grato d'essersi dedicato a metterli in rilievo. La disponibilità a riconoscere la necessità di cambiare, quando occorre; il distacco critico anche dalle proprie posizioni e l'accettazione di quelle altrui, quando occorre, sono condizioni del dialogo scientifico. Non solo necessità da subire dolorosamente perché non se ne può fare a meno, ma da accogliere lietamente. Socraticamente, dobbiamo imparare a gioire quando qualcuno ci mostra il nostro limite o il nostro errore e così ci induce ad andare avanti o a spogliarcene. L'errore è un male e abbandonarlo è un bene. Per questo bene – lo si sarà capito – sono particolarmente obbligato nei confronti del professor Modugno. Continueremo, se il tempo non mancherà.

SAGGI

Filippo Pizzolato

CULTURE COSTITUENTI E CORTE COSTITUZIONALE: IL NODO DEL PLURALISMO

SOMMARIO: 1. Introduzione: “il ragionamento è, in ogni caso, abbastanza semplice” – 2. Il discusso coinvolgimento delle giurisdizioni esistenti – 3. Contro la natura giurisdizionale dell’organo di giustizia costituzionale – 4. Tra impostazione ideologica e contingenza – 5. Natura del popolo e natura della Corte – 6. La visione democristiana: il pluralismo concreto del popolo e la volta della Corte – 7. Il contributo della Corte nel disegno e nello sviluppo del pluralismo costituzionale – 8. Le trasformazioni del pluralismo e le sfide per la Corte costituzionale.

1. *Introduzione: “il ragionamento è, in ogni caso, abbastanza semplice”*

La rigidità della Costituzione si iscrive nella strategia complessiva dei costituenti volta a impedire il ripetersi del Fascismo e, corrispondentemente, a istituire un sistema delle fonti in linea con il patto costituzionale. Questa prima osservazione è perfino ovvia: ma, più in profondità, in cosa doveva consistere quella presa di distanza dal Fascismo? Su più punti, la risposta a tale interrogativo non comportava necessariamente la convergenza pacifica verso una soluzione univoca. Anche per quanto riguarda la Corte, si è anzi verificato quanto si può osservare a proposito di un’altra questione fondativa della novità costituzionale, sintetizzata dall’espressione: *non più l’uomo per lo Stato, ma lo Stato per l’uomo*; anche questa formula, perfino ovvia, coglie solo la direzione della svolta, ma non l’abbraccia nella sua pienezza e soprattutto nelle sue più puntuali specificazioni.

“Se la Costituzione è rigida, vi deve essere qualche organo che accerti se le leggi sono conformi o no alla Costituzione. Questo compito bisogna darlo a qualcuno”: così si esprimeva M. Ruini (Atti Assemblea Costituente, A.C., sed. 12.3.47), con apparente e disarmante semplicità. Sulla rigidità della Costituzione si registrò, da subito, in Assemblea costituente

un ampio consenso di natura però pratico-esperienziale, più che frutto di una consapevole adesione a una determinata concezione della Costituzione e della giustizia costituzionale¹. Di questa istanza, oltre che da Ruini, i significati più limpidi furono espressi da Codacci Pisanelli (A.C., sed. 28.11.47): per il giurista democristiano, dopo aver posto rimedio agli abusi del potere giudiziario e di quello amministrativo, occorre trovare garanzie contro gli abusi del potere legislativo², quasi questo fosse l'ultima fortezza in cui poteva annidarsi il germe di un ritorno totalitario. Doveva risultare quasi naturale, dati questi presupposti, rivolgere l'attenzione all'ordinamento nord-americano in cui questa istanza di controllo del legislatore era stata posta tempestivamente. In effetti, l'autorevole precedente è spesso evocato e usato come termine di raffronto³, e tuttavia per lo più da parte di chi intendeva sottolineare le distanze rispetto alle vie che si volevano intraprendere.

Per la verità, la stessa rigidità era, come si vedrà, contestata da esponenti minoritari, ma autorevoli, della vecchia scuola liberale: non in quanto tale, e cioè in quanto apposizione di un limite all'arbitrio del legislatore, ma perché espressione di una pretesa volontaristica, reputata ingenua, di predeterminare il corso di eventi storici che avrebbero comunque inesorabilmente travolto le fragili impalcature e aspettative umane. Ancor più, una sincera presa di distanza dal Fascismo era propria di forze ed esponenti fermamente contrari all'istituzione di un organo *ad hoc* di giustizia costituzionale. Non tutti lo ritenevano un tassello indispensabile, pur tra quanti avevano a cuore la rigidità della Carta. E in effetti non v'è stata alcuna connessione automatica tra rigidità della Costituzione e previsione della Corte. Nel passaggio dall'una, quasi unanimemente riconosciuta, all'altra, e cioè all'istituzione di un organo *ad hoc* che controlli la legittimità costituzionale della legge, sono emersi dissensi e divergenze, su più piani. Il contrasto più profondo in Assemblea costituente è risultato quello relativo alla natura dell'organo chiamato a questo controllo: di derivazione elettorale popolare, diretta o indiretta, o un giudice; e, in questo secondo caso, un giudice esistente o uno nuovo, *ad hoc* istituito?

¹ È la tesi di G. BISOGNI, *La 'politicalità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giustiziaro contemporaneo*, Torino 2017, 12, 51 e 208.

² Sul significato profondo di un accostamento tra giustizia costituzionale e giustizia amministrativa, si v. C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del costituente*, Milano 1979, 66 ss.

³ Ad esempio P. CALAMANDREI, *Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori*, in P. CALAMANDREI, A. LEVI, *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze 1950, CXXXI.

Il dilemma tra natura politica o tecnico-giurisdizionale del controllo di costituzionalità è questione che attraversa i dibattiti e che già aveva animato i lavori della Commissione Forti, in cui si erano confrontati eminenti giuristi⁴. In questa Commissione era giunto a maturazione un orientamento prevalente, ancorché non univoco, volto a riconoscere il rilievo eminentemente, anche se non esclusivamente, politico del sindacato di legittimità costituzionale; si prevedeva la possibilità di impugnare le leggi approvate dal Parlamento e il diritto di sollevare l'eccezione di costituzionalità in capo a ogni cittadino. La composizione proposta per l'organo deputato era però di natura tecnica, proprio per controllare e tenere a bada questa rilevanza politica, con membri eletti al proprio interno dalle Corti di Cassazione e dei Conti, dal Consiglio di Stato e dai Consigli degli avvocati. Insomma, in formula: rilievo politico della funzione, moderato da un organo tecnico.

2. *Il discusso coinvolgimento delle giurisdizioni esistenti*

Nei lavori della Commissione dei 75 dell'Assemblea costituente (sed. 1.2.47), Einaudi prestò voce autorevole e diede forma rigorosa alla posizione favorevole al carattere tecnico-giuridico e non politico di questa funzione, da affidarsi pertanto a giudici ordinari e non a una Corte speciale, che sarebbe pur sempre stata nominata dal Parlamento. L'obiezione rivolta a una Corte *ad hoc*, nel caso di Einaudi, era legata alla natura giurisdizionale della funzione e dunque fondata su motivazioni opposte a quelle, pur in parte convergenti quanto ad esito, espresse dalle forze di sinistra⁵. Il coinvolgimento delle giurisdizioni già esistenti doveva valere a evitare che questo tipo di funzione assumesse un carattere politico, mentre “deve avere puramente un carattere giuridico” (sed. 1.2.47)⁶.

Nitti propendeva per l'attribuzione della funzione di controllo della legittimità costituzionale delle leggi – su cui il dibattito in Assemblea

⁴ Si pensi a Gueli, Azzariti, Piga, Calamandrei, Mortati, Jemolo. Una sintesi del relativo dibattito in A. SCALONE, *Il giudice costituzionale fra diritto e politica. Aspetti del dibattito in Assemblea costituente*, in A. CARRINO (a cura di), *Legalità e legittimità nell'interpretazione costituzionale*, Milano-Udine 2019, 82 ss.

⁵ A. SCALONE, *Il giudice costituzionale*, cit., 95; G. BISOGNI, *La 'politicalità' del giudizio*, cit., 171.

⁶ Tale opzione è argomentata anche sulla base della necessaria alterità tra chi fa le leggi e chi le deve giudicare, sostenuta dal DC Uberti (II Sott., sed. 13.1.47).

Costituente si concentrò in modo pressoché esclusivo⁷ – alla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, perché contrario a una Corte, come quella disegnata dal Progetto della Commissione dei 75, di estrazione mista, con membri eletti dall’Assemblea Nazionale sulla base di designazioni provenienti dalla magistratura, dal consiglio superiore forense e dai professori ordinari di discipline giuridiche (A.C., sed. 28.11.47). Non si sarebbe dovuto, per Nitti, puntare a istituire una Corte, ma ad apprestare un rimedio giurisdizionale attivabile quando, nel corso di un giudizio, fosse stata sollevata una questione di legittimità costituzionale. Nel corso dei lavori costituenti, Nitti si espresse nei riguardi della Corte in modo non lusinghiero: una “novità assurda” (A.C., sed. 28.11.47), un “fungo” (A.C., sed. 8.3.47); associandola, significativamente, in una medesima critica, alle Regioni. Si affaccia così un significativo parallelismo tra le posizioni *pro* o *contra* la Corte e quelle *pro* o *contra* le Regioni. Invero, mentre per Nitti la Corte era un’invenzione inutile, le Regioni erano avversate più duramente, in quanto dannose per l’unità dello Stato.

Su questa linea dell’affidamento delle funzioni di controllo delle leggi a giurisdizioni esistenti, Codacci Pisanelli propose, ma senza risultare convincente, di ricorrere a una rivisitata Corte dei Conti, di emanazione del potere legislativo (A.C., sed. 28.11.47).

E tuttavia questo orientamento complessivo rimase minoritario. La prevalente contrarietà all’affidamento della giustizia costituzionale alle magistrature esistenti attinse a diverse motivazioni⁸: anzi tutto al riconoscimento della peculiarità della funzione di controllo di costituzionalità della legge (Leone, II Sottoc., sed. 14.1.47; Perassi e La Pira, A.C., sed. 28.11.47) in ragione della “materia politica” di cui i testi costituzionali sono impastati; e poi al limite dell’efficacia *inter partes* delle sentenze dei giudici ordinari, con il pericolo conseguente di difformità interpretative; o ancora all’assenza, per la magistratura, di un’investitura popolare, posto che per le delicate funzioni di cui si discuteva non sarebbe bastata un’investitura di carattere tecnico, avendo queste “alto valore politico” (Laconi, Comm. 75, sed. 1.2.47). Nella relazione del DC Leone in II Sottocommissione (sed. 14.1.47), la contrarietà è presentata come applicazione del principio della separazione dei poteri, sul presupposto che sia un bene che la Corte costituzionale rimanga estranea ad ognuno dei tre

⁷ A.A. NEGRONI, *La Corte costituzionale all’Assemblea costituente*, Ariccia 2015, 8.

⁸ Ben riassunte in A.A. NEGRONI, *La Corte costituzionale*, cit., 65 ss.

poteri, compreso quello giudiziario⁹. Su una simile posizione si attestò la relazione di Patricolo, che parlava di una Corte non giudiziaria, anche se titolare di poteri giurisdizionali¹⁰. Infine, non si può tacere come serpeggiasse nei dibattiti costituenti, affiorando talora apertamente, la diffidenza circa la lealtà repubblicana e costituzionale di giudici formati sotto un diverso ordinamento e considerati burocrati della ideologia della continuità dello Stato¹¹. E tale diffidenza risultava aggravata al cospetto di una Costituzione le cui norme avevano la natura e la struttura dei principi e cioè di “affermazioni di carattere politico, filosofico e perfino morale” (Targetti, Comm. 75, sed. 1.2.47).

3. *Contro la natura giurisdizionale dell'organo di giustizia costituzionale*

Le obiezioni più radicali, soprattutto da sinistra, riguardarono la natura giurisdizionale, ordinaria o speciale che fosse, dell'istituendo organo di giustizia costituzionale.

Per il comunista Farini, il custode della Costituzione non poteva che essere il Parlamento, essendo impensabile affidare il controllo di costituzionalità “ad un consesso privo di investitura popolare” (II Sott., sed. 13.1.47), a differenza di scelte adottate in ordinamenti, come quello americano, giudicati arretrati “rispetto al tipo di democrazia che si vuole oggi realizzare, cioè quella popolare”. Si trattava dunque di istituire una democrazia più avanzata di quella liberale, non più timorosa della volontà popolare. Per Laconi (II Sott., sed. 1.2.47), uno dei più attivi e consapevoli tra gli esponenti comunisti, solo un organo legislativo superiore, sul modello di un'Assemblea costituente, avrebbe potuto giudicare della costituzionalità di una legge del Parlamento. La magistratura, in quanto priva di legittimazione popolare, non poteva certo essere assimilata a un potere di questo tipo.

Critico si mostrò lo stesso Togliatti che definì la Corte una “bizzarria”, in forza della quale “illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il sistema del Parlamento e della democrazia, per esserne i giudici. Ma chi sono costoro? Da che parte

⁹ A. SCALONE, *Il giudice costituzionale*, cit., 87; G. BISOGNI, *La 'politicalità' del giudizio*, cit., 117 ss.

¹⁰ A. SCALONE, *Il giudice costituzionale*, cit., 89.

¹¹ G. VOLPE, *La giustizia costituzionale nella visione dei costituenti*, in *Il Foro It.*, 2006, pt. V, 305, 307 e 309; G. BISOGNI, *La 'politicalità' del giudizio*, cit., 83.

trarrebbero essi il loro potere se il popolo non è chiamato a sceglierli?"; essi sono il segno del "timore del popolo"; "il timore che domani vi possa essere una maggioranza che sia espressione libera e diretta di quelle classi lavoratrici, le quali vogliono profondamente rinnovare la struttura politica, economica e sociale del Paese" (A.C., sed. 11.3.47). La Corte costituzionale è così annoverata, in compagnia variegata quanto significativa di referendum e seconde camere (ma anche delle Regioni), tra gli "inciampi" che avrebbero insidiato l'esercizio del riformismo democratico che si sarebbe dovuto esprimere energicamente attraverso "gli istituti parlamentari".

Non molto diversa risultò l'impostazione del socialista Nenni, del resto esplicitamente richiamata da Togliatti: non poteva "accettarsi altro controllo che quello del popolo" (A.C., sed. 10.3.47); tale risolutezza rendeva evidente l'identificazione tra popolo e organo di investitura popolare. Nenni vedeva aleggiare, nelle posizioni di molti costituenti, la sfiducia e perfino il terrore nel popolo. Dei non-eletti del popolo "non hanno diritto di giudicare gli atti del Parlamento" (A.C., sed. 10.3.47)¹².

Oltre al tema ricorrente dell'investitura, l'avversione a una Corte giurisdizionale nasceva negli esponenti comunisti da una considerazione di presunto realismo storico, già emersa nel rapporto di Togliatti al V congresso nazionale del partito comunista, tenutosi tra il dicembre 1945 e il gennaio 1946, in cui, pur non dichiarandosi in linea di principio contrario a una "Alta Corte costituzionale", il leader comunista affermò di considerare questo strumento inefficace al cospetto di possibili tentazioni autoritarie¹³. E Laconi, nel suo intervento in Assemblea costituente del 5.3.47, ribadì l'argomento, giudicando illusorio che potesse essere una Corte costituzionale a salvare la democrazia italiana dal pericolo della tirannide: la garanzia poteva risiedere unicamente nel popolo, al cospetto del quale "non vi siano vicoli ciechi, (...) non vi siano budelli, vasi ostruiti; che la volontà popolare possa penetrare tutto il congegno e giungere in ogni lato, fin nelle più remote parti, nei più remoti settori dell'ingragnaggio".

L'eco di queste posizioni si è poi propagata, dopo la maturazione dell'accettazione di una Corte, al dibattito sulla composizione dell'organo. Da Laconi (II Sott., sed. 14.1.47), era giudicata essenziale la diretta

¹² G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano 1981, 92 ha ipotizzato che in questa avversione di Nenni ci fosse l'eco delle resistenze della Corte al New Deal di Roosevelt.

¹³ Ripreso da A. SCALONE, *Il giudice costituzionale*, cit., 80-81.

elezione popolare dell'organo. La composizione della Corte doveva riflettere una sensibilità politica in forza delle disposizioni programmatiche inserite in Costituzione (A.C., sed. 29.11.47) e dunque doveva essere di emanazione integralmente parlamentare. Solo il Parlamento poteva "eleggere, sia pure entro determinate categorie, i giudici che dovranno interpretare la volontà nostra e comparare le norme legislative emanate dal legislatore ordinario alle norme emanate da noi, potere costituente" (A.C., sed. 5.3.1947). In questo modo, a ben vedere, Laconi mostrava di rivendicare il valore del parlamentarismo, non nei termini in cui tale valore era parte dell'ideologia liberale, ma, all'opposto, in quanto espressione, la più diretta possibile, del popolo e dei suoi partiti¹⁴: "nel popolo, quindi, e nei partiti in cui il popolo si organizza, risiede la sostanza del potere politico. Da chi vogliamo garantirci noi? Da questo potere politico? Dai partiti, dal popolo? Vogliamo quindi misconoscere la sovranità popolare, menomarla, limitarla quanto più è possibile?". Il radicamento popolare dei partiti, per Laconi, avrebbe consentito il superamento dei limiti del parlamentarismo liberale. Il pluralismo ammesso è dunque quello partitico, man mano che i partiti "diventano forme di organizzazione popolari", in cui le articolazioni del popolo si riversano senza scarti¹⁵.

Queste posizioni ottennero un qualche successo nei dibattiti costituenti, per quanto effimero: la II Sottocommissione, infatti, su proposta dello stesso Laconi, votò il principio per cui tutti i membri della Corte dovessero essere di nomina parlamentare. Nella seduta del 23.1.47 venne approvata la composizione della Corte, con $\frac{1}{4}$ dei membri composto da cittadini eleggibili a uffici politici, ciò che doveva valere ad accentuare il carattere popolare della Corte, in aggiunta all'elezione integrale da parte dell'Assemblea nazionale. Per metà la Corte doveva essere composta da magistrati e per il residuo quarto da avvocati e docenti di diritto. Per tutti i membri si prevedeva l'elezione parlamentare sulla base di designazioni da parte delle categorie di provenienza (tranne che per i cittadini). E peraltro, sul piano delle funzioni, la pronuncia di incostituzionalità da parte della Corte non avrebbe determinato l'annullamento della legge, ferma restando al Parlamento l'ultima parola e cioè il potere di abrogare la legge stessa o, in alternativa, di procedere alla revisione costituzionale¹⁶.

¹⁴ A. SCALONE, *Il giudice costituzionale*, cit., 116.

¹⁵ A. SCALONE, *Il giudice costituzionale*, cit., 117.

¹⁶ Sul punto, C. TRIPODINA, *Il "potere politico" della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino 2011, 13 ss.

Le sinistre, pur criticando l'idea stessa di Corte costituzionale, provarono quindi a spostare pragmaticamente la loro strategia in direzione dell'accentuazione dell'investitura parlamentare dell'organo¹⁷. E quando anche l'integrale designazione parlamentare fu posta in discussione (da La Pira, ad esempio, nella sed. del 28.11.47), Laconi, Togliatti e altri presentarono un emendamento che prevedeva la nomina per terzi da parte della Camera, del Senato e delle Assemblies regionali (A.C., sed. 29.11.47). Insomma, la derivazione popolare della Corte doveva essere salvata, anche al prezzo di estenderla alla "corrente regionalistica"¹⁸.

4. *Tra impostazione ideologica e contingenza*

Nonostante la caparbia degli esponenti di sinistra, l'Assemblea costituente, in seduta plenaria, sottrasse all'Assemblea Nazionale il potere integrale di nomina ed eliminò dalla Corte la componente dei semplici cittadini. Andarono dunque a bersaglio le obiezioni mosse dal fronte liberale (Bozzi, sed. 6.11.47), contrario a fare della Corte un super Parlamento e favorevole a riaffermarne la natura tecnica; e soprattutto democristiano (Dominedò, sed. 7.11.47 e Monticelli, sed. 11.11.47). Monticelli, in verità, aveva avanzato la proposta di composizione per terzi della nomina della Corte: da parte del C.S.M., del Presidente della Repubblica e del Parlamento in seduta comune (tra Magistrati, docenti e avvocati); Mortati aveva invece proposto di affidare la scelta integralmente al Presidente della Repubblica (sed. 28.11.47). Al di là delle soluzioni tecniche, queste posizioni convergevano verso una più accentuata giurisdizionalizzazione della Corte¹⁹.

Se il voto finale fu, in un primo momento, rinviato a seguito della reazione di Laconi, per il quale un organo prevalentemente tecnico non avrebbe dato "alcun affidamento alle forze democratiche di interpretare quell'indirizzo progressivo che noi abbiamo voluto imprimere al nuovo Stato repubblicano" (sed. 29.11.47), nella seduta del 2.12.47 l'articolo

¹⁷ A. SCALONE, *Il giudice costituzionale*, cit., 111.

¹⁸ Ancora in A.C. (sed. 28.11.47), il comunista Gullo presentò un emendamento per rafforzare la componente dei cittadini dentro la Corte, contro il carattere intrinsecamente conservatore della magistratura. Occorreva, per Gullo, far coincidere durata giudici della Corte con la legislatura.

¹⁹ A. SCALONE, *Il giudice costituzionale*, cit., 122.

relativo alla composizione della Corte costituzionale fu approvato nella forma definitiva.

Per questo esito l'apporto determinante, ancorché non esclusivo, risultò essere quello democristiano, grazie soprattutto al discorso di La Pira; merita però un richiamo l'intervento del socialista P. Rossi²⁰, per il quale, significativamente, la Corte costituzionale doveva essere il necessario *pendant* dell'ordinamento regionale, non essendo pensabile, in nome dell'autonomia, che l'armonizzazione dell'azione delle Regioni venisse affidata al Parlamento (A.C., sed. 28.11.47).

Nel suo intervento, il democristiano La Pira fece ricorso alla illuminante metafora della *volta* dell'edificio. Egli sottolineò la finalità giurisdizionale, tecnica, della funzione della Corte, che definì "un'esigenza intrinseca della Costituzione, di natura giuridica e politica, di difesa della persona e della comunità" (sed. 28.11.47). L'immagine della volta valeva a trasmettere il senso di un organo chiamato a coprire, abbracciandolo, un ordinamento composito e articolato. E in effetti La Pira, con il suo caratteristico stile sintetico²¹, aveva sottolineato il legame tra istituzione della Corte e principio personalistico, quest'ultimo autentica matrice del riconoscimento del pluralismo sociale e istituzionale²². Per La Pira (sed. 28.11.47), "in relazione a queste finalità, di difesa della persona e delle comunità, applicazione del principio della divisione dei poteri, quest'organo essenziale alla Costituzione non può essere generato dal potere legislativo, che esso è invece destinato a controllare". La connessione appare illuminante: il pluralismo, a differenza di quanto sostenuto dalle sinistre, non è abbracciato integralmente dal Parlamento, sicché l'ordinamento richiede una "volta" più ampia e comprensiva. Già nel discorso dell'11.3.47 in Assemblea costituente, l'impianto architettonico di La Pira era nitidamente emerso, a partire dal concetto di crisi costituzionale e dall'immagine, presa a prestito dallo storico H. Taine, del diritto come veste dei rapporti sociali. In questo discorso, La Pira, riprendendo un suo ricorrente *topos*, aveva messo sotto accusa il modello rousseauiano,

²⁰ Il quale però affermerà che ciò non osta a riconoscere che "al vertice della sovranità e della responsabilità restano indefettibilmente il Parlamento e il Popolo" (sed. 28.11.47).

²¹ F. PIZZOLATO, *La Pira e la Resistenza come responsabilità del pensiero* in B. PEZZINI, S. ROSSI (a cura di), *I Giuristi e la Resistenza. Una biografia intellettuale del Paese*, Milano 2016, 95 ss.

²² Su questa correlazione con il principio personalistico, v. N. OCCHIOCUPO, *Costituzione e Corte costituzionale. Percorsi di un rapporto "genetico" dinamico e indissolubile*, Milano 2010, 2 ss.

individualistico e retto sul primato della legge, a causa della sproporzione che questo avrebbe creato tra corpo sociale e ordinamento giuridico. Già in questa prima occasione, La Pira aveva coniato, a proposito della Costituzione, la metafora dell'edificio che ha bisogno di una base, di muri e, appunto, di una volta. La volta era però, in questo contesto, non la Corte nello specifico, bensì l'ordinamento giuridico nel suo complesso, che doveva aderire armoniosamente al corpo sociale (i muri), che si regge su una base che è la concezione antropologica. Di questo nuovo edificio costituzionale, la base doveva essere la *persona*, non più l'individuo astratto, in coerenza con una "concezione pluralista" per la quale è l'uomo in relazione che forma l'organismo sociale, al cui vertice è posto lo Stato.

Al di là delle posizioni ideali dei partiti, non si può negare che sul dibattito costituente e sui suoi esiti abbia gravato un forte condizionamento dettato dalla contingenza politica, quasi fosse illusorio prescindere dai delicati equilibri di potere in essere o immaginati per il futuro. Posizionamenti tattici e oscillazioni sono la spia di questo condizionamento. Se ne può trarre l'impressione di un'istituzione in qualche modo adattativa²³, in parziale analogia con l'altra grande garanzia costituzionale, interna al sistema politico, il Presidente della Repubblica, per il quale è stata coniata la nota metafora della fisarmonica. Sulla Corte si è registrata l'oscillazione di posizione dei comunisti, prima ostili alla sua istituzione, in quanto limite abusivo alla sovranità popolare, e poi favorevoli alla Corte stessa, invocata quale garanzia per le minoranze. La forte contrapposizione iniziale derivava forse dalla fiducia – o dalla scommessa – nella prossima conquista del potere, presto frustrata. Dopo le elezioni del 1948, le sinistre spinsero per l'attuazione della Corte, nella quale iniziarono a vedere un benefico limite opposto al potere della maggioranza²⁴. Già prima, tra l'approvazione del progetto di Costituzione, con relativa discussione generale (marzo 1947), e l'approvazione finale si era verificata, nel maggio 1947, l'uscita della sinistra dalla coalizione di Governo, evento che può spiegare alcuni ammorbidimenti nelle posizioni inizialmente assunte.

Oscillazioni tattiche si sono registrate anche in orientamenti differenti e moderati, come quelli di don L. Sturzo, che prese posizione nei

²³ L. ELIA, *Corte costituzionale e principio di eguaglianza. Relazione di sintesi*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna 1978, 168 ha usato, per il ruolo della Corte, l'immagine delle maree.

²⁴ G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte*, cit., 136-138. Si v. le critiche all'inattuazione costituzionale di V. CRISAFULLI, *La Costituzione tradita e Sviluppo dell'offensiva contro la Costituzione repubblicana*, ambedue in *Rinascita*, 1951, 118 e 396.

lavori parlamentari e con articoli in occasione della fase attuativa dei precetti costituzionali. Sturzo, pur (cattolico)liberale nell'ispirazione e negli intenti²⁵, e ben informato dell'esperienza istituzionale nord-americana, era ciò nondimeno preoccupato che le maggioranze qualificate necessarie per eleggere i giudici di nomina parlamentare potessero diventare il grimaldello utile alle sinistre per infilarsi nella cabina di regia o comunque per ricevere una legittimazione²⁶. La prolungata fase della guerra fredda portò insomma Sturzo, che pure era ben consapevole della necessità di una Corte spolticizzata, a vedervi un possibile *instrumentum regni*²⁷.

Questo grado di oscillazione strategica attorno al ruolo della Corte sembra essersi ormai attenuato, in ragione dell'evoluzione storica del contesto politico, nazionale e internazionale, benché sullo stretto legame tra singole nomine (più che sulla generale legittimazione) ed alcune forze partitiche siano rimasti momenti di tensione. La questione del legame tra funzione dell'organo e modalità di investitura dello stesso resta viva con riguardo alla rappresentatività dei partiti, alle cui convenzioni sono concretamente rimesse le nomine di un terzo dei giudici. Si apre cioè il tema – che qui non può però essere sviluppato – del rapporto tra nomine e aree partitiche, reso ulteriormente complicato da due trasformazioni, tra loro connesse: da un lato la crisi di legittimazione dei partiti e la loro incapacità di restare vettori del pluralismo sociale; dall'altro, la rottura del quadro partitico tradizionale e, conseguentemente, delle convenzioni invalse e consolidate. Sorge l'interrogativo se simili cambiamenti del corpo sociale e del sistema partitico esigano adattamenti sul piano del pluralismo istituzionale e perfino sulla “volta” dell'ordinamento immaginata dai costituenti²⁸.

²⁵ Si v. L. STURZO, *Note sul progetto di costituzione*, 1947, ora in *I cattolici democratici e la Costituzione*, a cura di N. ANTONETTI, U. DE SIERVO, F. MALGERI, III, Bologna 1998, 1023 ss., critico soprattutto sullo statalismo della parte relativa alle dichiarazioni di principio e ai diritti.

²⁶ G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte*, cit., 177-178.

²⁷ G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte*, cit., 181 e 183.

²⁸ Osserva C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli 2014, 121-122: “cambia (...) il tipo di pluralismo (...), e ciò determina un generale riassestamento e una ulteriore specificazione interna delle funzioni dei soggetti che operano in prevalenza sul polo dell'unità (Corte costituzionale, Presidente della Repubblica, Magistratura)”.

5. *Natura del popolo e natura della Corte*

I dibattiti costituenti hanno evidenziato, come è stato colto da C. Tripodina, l'intreccio fitto tra le sorti della Corte e quelle del Parlamento²⁹, tanto che a discussione avanzata è un vecchio democristiano (l'avv. Bertone) a proporre un emendamento soppressivo dell'intera sezione dedicata alla Corte costituzionale, esprimendo il timore che si andasse a "vulnerare la sovranità parlamentare di questo Parlamento della prima Repubblica che rappresenta il popolo" (A.C., sed. 28.11.47). La premessa di Bertone era certo ben diversa da quella dei marxisti, e cioè l'apoliticità della Corte costituzionale, tanto che la sua proposta mirava all'affidamento della funzione di giudizio di costituzionalità a un organo tecnico, quale la Corte suprema di Cassazione, a sezioni riunite, in adesione alle proposte di Nitti. E tuttavia tale intervento, intempestivo e senza concreto seguito, conferma la problematicità di questo snodo. Oltre a Bertone, fu Bulloni (II Sottocomm., sed. 13.1.47), anch'egli democristiano, ad usare parole forti, definendo una "aberrazione pensare che il Parlamento possa violare i principi costituzionali".

Per quanto i costituenti avvertissero la necessità della rigidità della Carta fondamentale, restava una diffusa resistenza verso quest'organo nuovo e senza radici, che minacciava di offuscare il Parlamento, di cui si voleva invece ripristinare la centralità, dopo l'umiliazione subita con il Fascismo³⁰. E questa linea di tensione non scorre perfettamente lungo le fratture ideologiche che percorrono l'Assemblea, ma, come si è appena dimostrato, è più intima e pervasiva e chiama in causa la considerazione dell'organo di chiusura del sistema democratico: il Parlamento o l'istituenda Corte costituzionale³¹. A propria volta, l'individuazione dell'or-

²⁹ C. TRIPODINA, *Immaginare un giudice nuovo. La Corte costituzionale, i suoi strumenti, i suoi limiti*, in F. CORTESE-C. CARUSO-S. ROSSI (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano 2018, 317 e 328: "Resta sempre il Parlamento il metro dell'attività della Corte costituzionale".

³⁰ C. TRIPODINA, *Immaginare un giudice nuovo*, cit., 318.

³¹ C. TRIPODINA, *Immaginare un giudice nuovo*, cit., 318. G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte*, cit., 46 parla, anche con riferimento al dibattito coevo in Francia, di "una diffusa dottrina giuridica e prassi giurisprudenziale (...) contrari, in omaggio ad una nozione radicale ed assembleare di democrazia, a forme di controllo giurisdizionale-processuale nei confronti dell'«onnipotente» e «sovrano» Parlamento". E l'A. annota come, significativamente, nella cultura giuridica una visione diversa era proposta, in modo quasi pionieristico, da M. Hauriou (*ibidem*, 47). L'annotazione è significativa per il ruolo svolto da Hauriou nella cultura giuridica e per l'influenza esercitata sulla formazione di alcuni costituenti italiani.

gano acconcio a questa funzione (da “volta”) è in correlazione con la concezione sottostante di popolo.

Emblematica è la posizione assunta – e già intravista – dai marxisti che non volevano, almeno inizialmente, una Corte costituzionale sulla base di un’interpretazione al singolare del popolo sovrano. L’abbrivio di questa (op)posizione è proprio la singolarità concreta del popolo. Quando infatti il volere del popolo sia ritenuto identificabile, senza scarti, in un volere istituzionale (quello del Parlamento, nel caso di specie), al riformismo efficace di questo non è legittimo apporre freni. Tale visione si iscrive nella più ampia concezione marxista, che articola “ogni potere politico esclusivamente in una organizzazione piramidale di organi elettivi ed aventi una diretta legittimazione democratica, secondo i principi della dimensione e dell’unità del potere”: solo un auto-controllo interno alle assemblee legislative può impedire l’alterazione della volontà espressa dal popolo³². A questa base ideologica si affiancava un’istanza più tattica, di breve periodo, e cioè il timore di un freno a mano tirato nella macchina del riformismo. Questo timore, unitamente a una più generale sottovalutazione delle forme giuridiche, portò le forze di sinistra a trascurare gli istituti di garanzia e di equilibrio degli assetti istituzionali³³, tanto che Calamandrei rimproverò loro l’approccio tenuto nella scrittura della Costituzione che, a suo dire, sarebbe dovuto piuttosto muovere “dal punto di vista della minoranza” (A.C., sed. 4.3.47). Dopo un atteggiamento di iniziale contrapposizione forte, le posizioni della sinistra, già nel corso dei lavori costituenti, si ammorbidirono non poco nella direzione di una sostanziale accettazione dell’organo, di cui si cercava però – come si è visto – una composizione di derivazione politica, che almeno scoraggiasse tentativi di resistenza alle riforme del Parlamento. Si affacciava così l’idea di un sindacato di costituzionalità quasi interno al controllo parlamentare, sul modello dei coevi ordinamenti della Costituzione sovietica e dei Paesi socialisti³⁴.

Le posizioni delle sinistre permettono di mettere a fuoco, in modo nitido, la connessione tra struttura (omogenea o pluralistica) del popolo

³² G. D’ORAZIO, *La genesi della Corte*, cit., 52 e 126 (Laconi, sed. 5.3.47; Basso, sed. 6.3.47). Alla base c’è la concezione dell’esistenza di una società ordinata in un’unica classe, resa omogenea dalla fine degli antagonismi delle società borghesi e capitalistiche.

³³ G. D’ORAZIO, *La genesi della Corte*, cit., 127; ma v. già H. KELSEN, *La teoria comunista del diritto*, tr. it., Milano 1956, 3.

³⁴ G. D’ORAZIO, *La genesi della Corte*, cit., 129-130; A. VEDASCHI, *La giustizia costituzionale*, in P. CARROZZA-A. DI GIOVINE-G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, II, Roma-Bari 2014, 1105-6.

e la necessità di un organo garante del pluralismo. Non si può dire che sia negato il pluralismo, ma si propone una concezione del politico come soluzione dello stesso, per mezzo della dialettica conflittuale tra partiti – entro il Parlamento – e della conseguente emersione di un indirizzo politico che sia espressione di tutto il popolo. La funzione della Corte si può allora ridurre a quella (limitata e forse temporanea) di garantire il mantenimento di questa dialettica entro i confini di una leale competizione.

Il nesso fondativo tra visione del popolo sovrano e funzione della Corte può essere verificato anche nell'impostazione di esponenti di diversa ispirazione. Interessante, per quanto minoritaria, è la versione interpretata da Vittorio Emanuele Orlando. In Orlando l'accettazione della sovranità popolare conviveva con un'idea astratta di popolo, stilizzata rispetto alla visione – cui pure il grande giurista si ispirava – della scuola storica³⁵, e comunque assai diversa da quella propria dei costituenti di sinistra; eppure, la conclusione relativa alla Corte presenta tratti di somiglianza. La concezione del popolo, non coincidente con la comunità attuale dei cittadini, e la distinzione tra diritto e legge costituiscono premesse che avrebbero potuto aprire, in Orlando, uno spazio di apprezzamento per il controllo di costituzionalità della legge, volto a inibire o comunque a contrastare il temutissimo giacobinismo giuridico. E tuttavia, nel grande giurista restavano soverchianti, rispetto alla Corte, obiezioni improntate a un preteso realismo e, in particolare, alla convinzione circa la scaturigine storica delle istituzioni, destinata inesorabilmente a prevalere su costruzioni artificiali e sul costruttivismo volontaristico. Nonostante la consapevolezza dell'avvenuta discontinuità giuridica prodotta dalla rottura fascista, Orlando seguiva a richiamarsi all'esperienza statutaria che “proprio per la sua flessibilità, non aveva previsto, né aveva avuto bisogno, a sua tutela, di un'Alta Corte, poiché tale garanzia era affidata, tra l'altro, alla «pubblica opinione»”³⁶.

Il consolidamento istituzionale è dunque parte e insieme frutto del radicamento storico, anziché di un atto di volontà affidato a un corpo di custodi. Da qui, nei suoi *Principi di diritto costituzionale*, l'idea che

³⁵ P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano 1986, 125; M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, I, Milano 2001, 100; F. PIZZOLATO, *Orlando all'Assemblea Costituente*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 18 ss. Sul concetto di rappresentanza in Orlando, v. ora le sintetiche note di S. CASSESE, *Il popolo e i suoi rappresentanti*, Roma 2019, 26 ss.

³⁶ G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte*, cit., 61.

l'opinione pubblica potesse “spiegare una forza di resistenza meravigliosa”³⁷. I riferimenti di questa concezione erano, da un lato, l'esperienza costituzionale e l'empirismo inglese e, dall'altro, la scuola storica. Tali influenze conducevano Orlando a dubitare della possibilità che gli errori del legislatore potessero trovare censura in un giudice, come in un qualunque altro rimedio esterno di tipo volontaristico, che non fossero la cultura giuridica e l'opinione pubblica, e dunque in forme di una resistenza collettiva³⁸. Ed è a questo punto dell'inammissibilità di un controllo sul legislatore che si colloca una certa paradossale convergenza con le posizioni della sinistra³⁹.

L'istituzione, lentamente formata, è essa stessa limite al dispotismo. L'obiezione di Orlando, elaborata teoreticamente in un contesto di costituzione flessibile, in un tempo eccezionale di progettazione di una Costituzione scritta e rigida, è traslata su un piano parallelo⁴⁰: un organo giurisdizionale, affiancato e sovrapposto al Parlamento, sarebbe stato esempio di un'astratta e rigida razionalizzazione, *inefficace* in caso di eventi rivoluzionari e di rotture violente⁴¹. Più in generale, Orlando non credeva nelle costituzioni scritte: “nelle prescrizioni normative dei nuovi razionalizzatori egli ravvisava soltanto la manifestazione di un atto di volontà (al limite, anche antistorico) e non di adesione coerente alla situazione ed all'evoluzione istituzionale e la premessa della stessa rigidità costituzionale”⁴². Di questa obiezione radicale e metodologica si possono rinvenire tracce nel dibattito costituente, allorquando (sed. del 10.3.47) Orlando osservò come, al netto delle illusioni, l'autorevolezza di un istituto non nasca dal conferimento astratto di poteri, ma dalla sua forza politica e dalla tradizione; sostenne la priorità della Costituzione “come sostanza dell'ordinamento giuridico di un popolo”, rispetto alla Costitu-

³⁷ V.E. ORLANDO, *Principi di diritto costituzionale*, Firenze 1912, 307-308.

³⁸ Pena altrimenti l'incrinarsi del bene della certezza del diritto, posto che si insinuerebbe nel corpo sociale la possibilità della disobbedienza alla legge (C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale*, cit., 100; M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale*, in *www.cortecostituzionale.it*, 3). G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte*, cit., 64-65 e 117, in cui l'A. la definisce “un comodo argomento di astratta «chiusura» del sistema delle garanzie più che un reale freno o limite all'esercizio del pubblico potere”.

³⁹ G. BISOGNI, *La 'politicalità' del giudizio*, cit., 141-142.

⁴⁰ È la critica rivolta da G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte*, cit., 67.

⁴¹ G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte*, cit., 67 osserva però criticamente come sia un errore “giudicare l'utilità di un organo assumendo a criterio di valutazione situazioni nelle quali per definizione l'intera struttura e la vita stessa delle istituzioni ed i loro reciproci rapporti non si svolgono più secondo le regole, *positae* e *receptae*, di quel sistema”.

⁴² G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte*, cit., 71.

zione “come documento”. E, in fondo, è a partire da premesse simili che Nitti (sed. 8.3.47) aveva annoverato la Corte tra le istituzioni *inutili*.

6. *La visione democristiana: il pluralismo concreto del popolo e la volta della Corte*

Una visione diversa e, ai fini dell'esito del dibattito in Costituente, decisiva circa il rapporto tra natura pluralistica del popolo e funzioni della Corte costituzionale proviene dagli esponenti democristiani⁴³.

È stato in particolare Giorgio La Pira a distinguersi su questo fronte, sia in Costituente, sia in sede di elaborazione teorica⁴⁴. Per La Pira, al pluralismo sociale doveva corrispondere un pluralismo giuridico: “gli organi costituzionali (parlamento, governo, Presidente della Repubblica) creati dalla democrazia «atomistica», che era fondata sui singoli e prescindeva dai gruppi sociali, vanno modificati in conformità alla essenza e alle finalità della democrazia «organica»: cioè quel tipo di democrazia che ha il suo fondamento non solo sui singoli ma anche su quei corpi sociali attraverso i quali si svolge la personalità umana e nei quali organicamente si articolano la società e lo Stato”⁴⁵. In questo passaggio, non si rinviene un riferimento esplicito alla Corte, ma chiari sono i rimandi alle immagini usate nei dibattiti costituenti, prima fra tutte a quella della “volta”. Quelle immagini suggeriscono un ideale di sistematicità, perfino di organicità, e di necessaria proporzionalità tra l'edificio giuridico-costituzionale e un ordinato pluralismo sociale⁴⁶. La Costituzione è patto politico e sociale insieme, non solo determinazione delle regole del gioco istituzionale⁴⁷. Essa è “*organizzazione giuridica della società*” e dunque deve essere *tagliata* sulla società, proporzionata alla stessa e al fine proprio del corpo sociale⁴⁸.

⁴³ La correlazione stretta tra rigidità e previsione di un organo ad hoc è presto posta, tra gli altri, in Assemblea costituente, da Ambrosini (II Sottoc., sed. 15.1.47), contestando che questa opzione si traduca in limitazioni della sovranità popolare (essendo il meccanismo prescritto in Costituzione).

⁴⁴ G. LA PIRA, *Il valore della Costituzione*, in *Cronache sociali*, ora in *I cattolici democratici*, cit., III, 1167.

⁴⁵ G. LA PIRA, *Il valore della Costituzione*, cit., 1170-1.

⁴⁶ V. anche G. LA PIRA, *Esame di coscienza di fronte alla Costituente*, in *I cattolici democratici*, cit., II.

⁴⁷ U. DE SIERVO, *Le scelte costituzionali*, in *I cattolici democratici*, I, cit., 193.

⁴⁸ G. LA PIRA, *Esame di coscienza*, cit., 602-604.

Questa necessaria proporzionalità assegna al legislatore un ruolo importante, ma anche un limite, rispetto alla Costituzione e, di rimando, alla struttura del corpo sociale. L'apposizione di questo limite segnala come il legislatore non sia ritenuto il garante sintetico del pluralismo. Vi è un pluralismo oltre (e prima de) il legislatore: interno al corpo sociale (le formazioni sociali) e interno alla sfera istituzionale; e agisce come limite anche rispetto alla rappresentanza mediata partiticamente.

Il pluralismo sporge rispetto alla stessa rappresentanza politica⁴⁹. Di conseguenza, l'ordine pluralistico non è consegnato al legislatore, ma nemmeno scivola nell'inafferrabilità di quel concetto di popolo, come sedimento storico, che era stato immaginato da Orlando. Il popolo è ora riconosciuto nella sua concretezza plurale, diversa dalla concretezza semplificata, al singolare; e dall'astrattezza di risalenti concezioni pre-democratiche. Per un popolo plurale (e dunque non semplificabile) e concreto (non astratto), la Costituzione ha il significato fondamentale di patto di convivenza: questa conclusione può, pur con le dovute differenze, atteggiarsi tanto al sistema federale nord-americano, quanto alla Costituzione italiana⁵⁰. G. Zagrebelsky ha osservato che le "prime prove di giustizia costituzionale europea si siano fatte in relazione ai problemi organizzativi di istituzioni di tipo federale"⁵¹. In questo senso, è vero che le novità dirimpenti della Carta costituzionale sono insieme le autonomie (regionali e locali) e la Corte costituzionale⁵². Questa e quelle si tengono, curiosamente associate nella critica e nella celebrazione, sin dai lavori costituenti.

Gli esponenti della Democrazia Cristiana hanno introdotto subito la questione del legame tra pluralismo, di tipo sociale e istituzionale, e ruolo della Corte costituzionale⁵³. Già nei lavori della settimana sociale di

⁴⁹ A. SCALONE, *Il giudice costituzionale*, cit., 132.

⁵⁰ Nella relazione di Patricolo nella II Sottocommissione era stato avanzato un collegamento, almeno di tipo storico, tra esistenza di una Corte e struttura federale dello Stato (USA, Germania...); e un identico argomento era stato usato da Nitti per negare la necessità di un tale organo (AC, sed. 28.11.47) G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte*, cit., 110 e 112.

⁵¹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna 2008, 353.

⁵² S. MANGIAMELI, *Il titolo V della Costituzione alla luce della giurisprudenza costituzionale e delle prospettive di riforma*, in *www.cortecostituzionale.it*, 4.

⁵³ G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte*, cit., 82-83: per un partito "interclassista (...) orientato verso un ordine economico-sociale di tipo corporativo (con rappresentanza professionale degli interessi) e che mirava a realizzare una struttura politico-territoriale dello stato fondata su autonomie regionali, sussisteva un triplice motivo pluralistico idoneo a giustificare la proposta e l'accoglimento di un organo di garanzia".

Firenze del 1945, dedicata a Costituzione e Costituente, E. Tosato aveva affrontato il tema della “garanzia delle leggi costituzionali”, distinguendo tra garanzie sociali, politiche e giurisdizionali. Circa le garanzie politiche, “di fronte alla realtà storica”, Tosato aveva ritenuto di moderare “l’entusiasmo e le speranze che hanno accompagnato e tuttora accompagnano l’introduzione e l’attuazione degli istituti democratici, salutati come strumenti sicuri e infallibili di un definitivo avvento del regno del diritto”⁵⁴. Egli aveva piuttosto espresso fiducia in garanzie di tipo giurisdizionale, di cui aveva difeso e argomentato l’estensione alle controversie di ordine costituzionale, contestando che il sindacato sulla conformità costituzionale alle leggi fosse una violazione del principio della separazione dei poteri⁵⁵.

In quella stessa relazione, Tosato aveva ricollegato le tenaci resistenze all’introduzione di questo controllo alla deformazione della divisione dei poteri causata da Rousseau e dai suoi epigoni, i quali sostenendo che la legge è espressione della volontà generale hanno reso inconcepibile un controllo giurisdizionale sulla stessa: “noi sappiamo tutti ormai che la presunta volontà generale non è in realtà che la volontà di una maggioranza e che la volontà di una maggioranza, che si considera come rappresentativa della volontà di tutto un popolo può essere, come spesso si è dimostrata, più ingiusta e più oppressiva che non la volontà di un principe”⁵⁶. Per Tosato l’attuazione di una giustizia costituzionale era necessaria proprio in un regime democratico, inteso come “regime di compromesso e quindi di pace sociale”⁵⁷. Su queste premesse, aveva espresso l’auspicio per cui i cattolici, “sinceri fautori di una vera e sana democrazia”, si sarebbero dovuti impegnare perché venisse istituito un giudice “come e più degli altri giudici (...) assolutamente indipendente, imparziale, e possa acquistare e godere subito di una grande autorità, di un grande prestigio morale, in modo che si possa guardare ad esso con sincera fiducia”⁵⁸. Non stupisce che, in forza di questa miscela di realismo e di sensibilità per l’assetto pluralistico, Tosato sia stato tra i primi e più acuti teorizzatori del principio di sussidiarietà⁵⁹.

⁵⁴ E. TOSATO, *Garanzia delle leggi costituzionali*, in *I cattolici democratici*, cit., II, 568.

⁵⁵ E. TOSATO, *Garanzia delle leggi*, cit., 573.

⁵⁶ E. TOSATO, *Garanzia delle leggi*, cit., 574.

⁵⁷ E. TOSATO, *Garanzia delle leggi*, cit., 575.

⁵⁸ E. TOSATO, *Garanzia delle leggi*, cit., 577.

⁵⁹ E. TOSATO, *Sul principio di sussidiarietà dell’intervento statale*, in *Nuova Antologia*, 1959; ripubblicato in ID., *Persona, società intermedie e Stato*, Milano 1989, 83-101. V. anche A. PACE, *Le formazioni sociali nel pensiero di Egidio Tosato*, in M. GALIZIA (a cura di), *Egidio Tosato costituzionalista e costituente*, Milano 2010, 303 ss.

7. Il contributo della Corte nel disegno e nello sviluppo del pluralismo costituzionale

Il popolo che la Costituzione incorona sovrano è un soggetto concreto e plurale: se si seguono i principi fondamentali, ne intrecciano la trama articolata le formazioni sociali, i soggetti istituzionali territoriali, le comunità linguistiche, le confessioni religiose, ecc... L'unità di un popolo siffatto non è il frutto di una rappresentazione, operata da un organo astratto e immunizzato dal contatto con gli interessi sociali, ma è l'esito, sempre aperto, di un dialogo e di una cooperazione tra parti, sociali e istituzionali, differenziate e organizzate⁶⁰. Vi sono sentenze della Corte costituzionale che bene hanno colto, benché l'orientamento non sia stato sempre mantenuto, l'originalità della Costituzione su questo punto e l'irriducibilità del popolo a una singolare espressione rappresentativa⁶¹. Si viene così precisando il pluralismo, costitutivo dell'unità nelle differenze ed eccedente rispetto al sistema partitico e al Parlamento, del popolo, le cui articolazioni sono chiamate a convivere nel rispetto di ampie zone di autonomia sociale e istituzionale. Tale accezione ampia del pluralismo è la premessa e insieme il fondamento del ruolo sintetico della Corte. Lo si ribadisce: l'unità del popolo non è più solo rappresentativa, *in absentia*, raggiunta cioè mediante la neutralizzazione del pluralismo, e nemmeno esito di un rispecchiamento che pretendesse di esaurire nell'organo rappresentativo e nella sua capacità di mediazione il momento unitario, ma è esercizio di partecipazione e di cooperazione che segue canali sociali e istituzionali.

Il fondamento di legittimazione democratica della Corte costituzionale può allora essere individuato tanto nelle forme, quanto nei limiti di esercizio della sovranità popolare⁶². Ci si può anzi chiedere se sia davvero sensato annoverare su schiere rigidamente separate organi-forma e organi-limite della sovranità popolare o se, piuttosto, data la natura pluralistica del popolo, forma e limite coesistano entro ogni espressione del popo-

⁶⁰ Si v. F. MODUGNO, *Unità e indivisibilità della Repubblica come principio*, in *Diritto e Società*, 1/2011, 76 e 107.

⁶¹ Si v. soprattutto le sent. n. 106 e 306 del 2002, le sent. 193 e 365/2007, la sent. 81/2018, la sent. 160/2019. In dottrina, v., tra gli altri, T.E. FROSINI, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano 1997, 167; O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralista*, in *Diritto pubblico*, 3/2004, 907; E. ROSSI, *Costituzione, pluralismo solidaristico e terzo settore*, Modena 2019, 7 s..

⁶² C. TRIPODINA, *Immaginare un giudice nuovo*, cit., 332 lo riferisce alla parte relativa ai "limiti".

lo stesso. Come recita lo stesso articolo 101, «la giustizia è amministrata in nome del popolo» (art. 101 c. 1 Cost.)⁶³.

L'espressione dell'unità repubblicana coerente con il pluralismo, che è carattere indefettibile della democrazia⁶⁴, nonché l'inveramento dei valori costituzionali devono quindi essere ricercati sul terreno del riconoscimento e della cooperazione tra le differenti espressioni del popolo sovrano. A questo compito contribuisce, con un ruolo eminente, la Corte costituzionale. In una stimolante relazione svolta per il sessantennale della Corte⁶⁵, M. Fioravanti ha inquadrato l'apporto di quest'organo nel contesto del passaggio da una democrazia legislativa a una costituzionale. In questa ricostruzione, a parziale differenza della lettura che qui si è proposta, la Costituzione è collocata, per così dire, in una terra di mezzo, perché una pervicace vischiosità si sarebbe opposta all'aspirazione al superamento del tradizionale legicentrismo, per il quale nel Parlamento rappresentativo e legislatore si esprime senza scarti la sovranità popolare. Il modello costituzionale risulterebbe così caratterizzato da incertezze. L'opzione stessa per il controllo accentrato di costituzionalità si potrebbe inquadrare entro questo condizionamento, essendo per lo più motivata dal pericolo di compromettere la forza della legge attraverso un sindacato diffuso⁶⁶. Si tratterebbe cioè della persistenza del cosiddetto "privilegio del legislatore"⁶⁷.

La transizione verso una democrazia costituzionale si sarebbe compiuta, per Fioravanti, più per un'evoluzione storica indipendente, avviata dallo spirito dei tempi, che per le intenzioni deliberate dei costituenti e a questo approdo avrebbe dato una spinta significativa la giurisprudenza della Corte costituzionale. Essa avrebbe valorizzato aperture, pur contrastate, contenute soprattutto nella prima parte della Costituzione e, in particolare, nei principi (art. 3, c. II). Questo sviluppo avrebbe però cambiato lo stesso ruolo immaginato dai costituenti

⁶³ Si pensi alla fondamentale lezione, riferita al rapporto tra indipendenza della magistratura e sovranità popolare, di A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia. La magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino 1990.

⁶⁴ M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome di valori: venti anni dopo*, in R. BALDUZZI-M. CAVINO-J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale*, 176-177: "l'unità nei valori costituzionali è la forma specifica dell'unità nelle democrazie pluralistiche, ma è il giudice costituzionale, che deve contribuire ad inverarla".

⁶⁵ M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione*, cit.

⁶⁶ M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione*, cit., 4.

⁶⁷ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 333. Per importanti annotazioni, v. O. CHESA, *Corte costituzionale*, cit., 886-7.

per la Corte⁶⁸. In virtù di questi processi, si sarebbero imposti i nuovi compiti della Repubblica, tra cui il riconoscimento e l'assunzione del pluralismo, anche conflittuale, che la Corte avrebbe contribuito a far emergere, con decisioni di coraggiosa apertura, come la sent. 290/1974, in tema di sciopero politico o, più recentemente, la sent. 138/2010, sulle nuove forme famigliari. La Corte avrebbe cioè dato il suo apporto, ben oltre le incertezze del testo, alla valorizzazione del pluralismo e degli spazi e delle ambizioni di partecipazione delle soggettività sociali emergenti.

Annota ancora il Fioravanti, smorzando i toni di certe ricostruzioni che tendono a dicotomizzare la scena, contesa tra protagonismi rivali del Parlamento e dei giudici (compresi quelli della Corte), che questa evoluzione non determina la “decapitazione” del potere legislativo e la transizione verso un governo dei giudici: “non c'è un nuovo potere sovrano al posto del legislatore”⁶⁹. È vero piuttosto “che il nostro tempo della democrazia costituzionale tende a far cadere ogni «primato», proponendo la via della collaborazione, del dialogo, del legislatore con i giudici, e viceversa”⁷⁰.

Se questo era il disegno (o, nella lettura di Fioravanti, lo sviluppo) costituzionale, si possono misurare l'apporto e la fedeltà della Corte costituzionale con riferimento alle linee, quelle principali almeno, del pluralismo sociale e istituzionale, nonché, sia pur prudentemente, prospettare possibili vie evolutive. In questo tipo di indagine, che consideri il pluralismo sociale e quello istituzionale, verrebbe non casualmente coinvolta larga parte della giurisprudenza. Procedendo necessariamente per grandi sintesi, è relativamente agevole cogliere e apprezzare il contributo dato dalla Corte alla promozione e all'accoglimento delle istanze di partecipazione sociale emergenti e restate soffocate dalla cristallizzazione di assetti e di soluzioni normative preesistenti. Vi sono sentenze che, collocate su questa linea, sono note e celebrate. Le vie di difesa e di apertura del pluralismo sociale tracciate dalla Corte si sono mosse lungo i canali del riconoscimento di “nuove” formazioni sociali, a partire dai nuovi modelli famigliari (ad esempio, le sent. 75/1992 sul volontariato, 202/1992 sulla cooperazione; 138/2010 sulla famiglia), della loro autonomia (sent. 195/1987 e 500/1993), della cosiddetta “organizzazione delle libertà sociali” (sent. 300 e 301 del 2003), dell'estensione dei diritti oltre il recinto

⁶⁸ M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione*, cit., 22.

⁶⁹ M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione*, cit., 18.

⁷⁰ M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione*, cit., 19.

della cittadinanza, fino all'emersione di una dimensione di cittadinanza costituzionale capace di oltrepassare le angustie di quella legale (sent. 119/2015)⁷¹, ecc... La Corte è stata interpellata anche su temi eticamente sensibili⁷² (ad esempio, sull'obiezione di coscienza, sulla procreazione medicalmente assistita e sulla fecondazione eterologa ex l. 40 del 2004⁷³, e ora sulla questione del fine vita), e ha adottato pronunce che sembrano mosse, per lo più, dall'intento di riaprire possibilità di scelte differenziate (e di traiettorie individuali) che il legislatore, autore talora di prese di posizione-manifesto, aveva precluso. Recentemente, a questo riguardo, P. Grossi ha proprio teorizzato che il giudice delle leggi abbia il compito "di dare spazio, da un lato, ad esigenze non ancora o non adeguatamente soddisfatte o perfino sacrificate nella legislazione; e, dall'altro, di valutarne la compatibilità con altre contrapposte esigenze nell'ordine costituzionale della convivenza"⁷⁴. Il punto, a riguardo, è proprio il confine, che può risultare sottile e incerto, tra la promozione del pluralismo sociale e l'estensione di diritti individuali *tout court*. Il confine è strutturalmente labile, ma poggia pur sempre sulle basi costituzionali della distinzione tra un fondamento personalistico e uno individualistico dei diritti stessi.

Perfino le sentenze sulla legge elettorale (a partire dalla sent. 1/2014), tacendo qui delle lamentate forzature processuali, possono essere lette come parte dell'azione della Corte volta a tenere aperti i circuiti, reputati ostruiti, della partecipazione sociale e politica e, in particolare, il collegamento principe tra il corpo sociale e le istituzioni, quello della rappresentanza politica nazionale, in coerenza con un obiettivo di fluidificazione della sfera politico-istituzionale dinanzi alla pervicace inconcludenza dei processi di autoriforma.

Il giudizio sull'apporto della Corte diventa assai più sfumato, o addirittura cambia di segno, quando si passi a considerare il pluralismo istituzionale e cioè la giurisprudenza costituzionale in tema di autonomie politiche territoriali, regionali *in primis*. Questa differenza potrebbe liquidarsi come spia di orientamenti contraddittori della Corte, ma, più in profondità, è spiegabile, oggettivamente, anche con il grado meno felice

⁷¹ M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione*, cit., 12 recupera il lemma, di conio sociologico, di "cittadinanza societaria"; v. anche i saggi in P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari 2017, 59.

⁷² G. D'AMICO-D. TEGA, 1993-2013: *la Corte costituzionale tra giurisprudenza e politica*, in S. SICARDI-M. CAVINO-L. IMARISIO (a cura di), *Vent'anni di Costituzione (1993-2013)*, Bologna 2015, 558.

⁷³ Sent. 162/2014, ad esempio. V. anche sent. 347/1998.

⁷⁴ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 62.

o più incerto delle soluzioni costituzionali in tema di pluralismo istituzionale, rispetto a quello sociale⁷⁵. Queste scontavano *ab origine* la carenza di esperienza regionalistica: non a caso, costituenti (come il già citato V.E. Orlando) ostili alla scelta autonomistica distinguevano la Sicilia, sulla cui fattuale pretesa d'autonomia pochi eccepivano; e perfino Togliatti, che pure diffidava e anzi esprimeva timore per le Regioni, riconosceva i Comuni come componente importante della storia d'Italia (A.C., sed. 11.3.1947). Ostilità e inesperienza di autonomismo si andavano sommando e talora confondendo⁷⁶.

In un recente studio, S. Mangiameli ha provato a mandare assolta la Corte costituzionale dall'accusa di scarsa sensibilità autonomistica, addossando la relativa responsabilità soprattutto alla cultura giuridica costituzionalistica⁷⁷, per poi ripercorrere alcune sentenze che hanno impresso un timbro centralistico alla giurisprudenza costituzionale in tema di autonomie regionali, a cominciare dalla sent. 138 del 1972 in cui le Regioni sono astrette entro "interessi regionali", mentre allo Stato restano riservati quelli unitari, non suscettibili di frazionamento territoriale. È poi ricordata la significativa, *prima facie* solo a livello simbolico, vicenda dell'utilizzo del termine Parlamento per i Consigli regionali, stroncato dalle sentenze 106 e 306 del 2002⁷⁸, pur avendo la Corte, nella stessa sent. 106, escluso che il Parlamento nazionale possa ancora dirsi l'espressione della sovranità popolare (secondo il vecchio modello legicentrico). L'interesse nazionale sembra insomma considerato come qualcosa di qualitativamente discontinuo rispetto a quelli territoriali e, dietro alla distinzione tra rappresentanza nazionale e territoriale, si intravede la vischiosità ingombrante della distinzione tra sovranità e autonomia, (sent. 274 del 2003, 365/2007, 1/2014, 275/2014). Nella sent. 365/2007, in particolare, la Corte ribadisce questa differenza che, pur fondata sulla classica dottrina dello Stato, tende a rinnegare la novità costituzionale.

Al termine di questa analisi, la conclusione, non priva di fondamento, è amara: "la giurisprudenza costituzionale del secondo regionalismo (...)

⁷⁵ M. CARLI, *Il giudice delle leggi: arbitro o protagonista nei rapporti Stato-Regioni*, in R. BALDUZZI-M. CAVINO-J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale*, cit., 194.

⁷⁶ A. CANTARO, *I modelli: autonomia e autodeterminazione nelle vicende del costituzionalismo*, in *Rivista AIC*, 3/2019, 31-32.

⁷⁷ S. MANGIAMELI, *Il titolo V*, cit., 14. M. CARLI, *Il giudice delle leggi*, cit., 197 ss., nell'indagare la maggiore sensibilità della Corte per le ragioni dell'uniformità, ha rinvenuto, tra le cause, anche la cultura dei giudici costituzionali e la composizione della Corte, con l'assenza di un ruolo per le autonomie territoriali.

⁷⁸ S. MANGIAMELI, *Il titolo V*, cit., 17.

ha forgiato categorie e strumenti di centralizzazione del potere legislativo ben più penetranti di quanto non fosse già accaduto nel corso del primo regionalismo⁷⁹. Un valore paradigmatico, e non solo sul piano simbolico, riveste la sent. 303/2003, geniale, ma discutibile per la curvatura data a un principio nobile dell'autonomismo e cioè la sussidiarietà: "limitare l'attività unificante dello Stato alle sole materie espressamente attribuitegli in potestà esclusiva o alla determinazione dei principî nelle materie di potestà concorrente (...) significherebbe bensì circondare le competenze legislative delle Regioni di garanzie ferree, ma vorrebbe anche dire svalutare oltremisura istanze unitarie che pure in assetti costituzionali fortemente pervasi da pluralismo istituzionale giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione di competenze". Su queste basi argomentative, la Corte sottopone a torsione, se non a manipolazione, il principio di sussidiarietà, affinché questo, anziché condizionare il sistema delle fonti alla luce del valore delle autonomie (in linea con l'art. 5 e con la celebrata costruzione dal basso dell'ordinamento), accompagni lo svuotamento, per via legislativa, del potenziale ordinante dell'amministrazione locale⁸⁰. Il principio di sussidiarietà trapassa così da limite alla legge a ingegnoso grimaldello per la sua estensione ad ambiti espressamente non attribuitele. Anziché recuperare il rilievo normativo dell'autogoverno democratico, in una tardiva rivisitazione dell'art. 5, si è infatti immessa nel sistema istituzionale un'ulteriore possibilità di ingerenza, potenzialmente ancor più analitica, della legislazione statale sulle funzioni delle autonomie. E tuttavia, la sent. 303 contiene un'intrinseca ambivalenza che riapre complessivamente la questione: se, da un lato, declina la sussidiarietà in una chiave minacciosa per il principio autonomistico; dall'altra, introduce il principio fecondo dell'intesa⁸¹.

Chiamata in sussidiarietà, criterio di prevalenza tra materie sovrapposte, trasversalità delle competenze connesse a materie non-materie,

⁷⁹ S. MANGIAMELI, *Il titolo V*, cit., 23; simile il giudizio di G. D'AMICO-D. TEGA, 1993-2013, cit., 572. Più sfumato il giudizio di A. D'ATENA, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni ed il ruolo della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it, 11.

⁸⁰ Per il rilievo del principio di sussidiarietà sulle fonti del diritto, cfr. A. MOSCARINI, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003; F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in *Politica del diritto*, 2006, 385 ss.

⁸¹ Si v., tra le più recenti a riguardo, la sent. 251/2016 sulla c.d. legge Madia. Ha bene colto questo profilo della sentenza E. BALBONI, *Sulla riorganizzazione della P.A. la Corte richiede e tutela la leale collaborazione ...e «l'intendenza seguirà»*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017, 123.

esigenze di stabilizzazione finanziaria (e di coordinamento della finanza pubblica⁸²) sono stati gli strumenti principali di un'obiettivo ri-centralizzazione delle competenze legislative, almeno alla luce di un'interpretazione dell'autonomia condotta sul filo della separazione delle competenze, anziché dell'integrazione.

Nella ricerca di ragioni ulteriori di questa asimmetria di trattamento nella giurisprudenza costituzionale tra il pluralismo sociale, complessivamente riconosciuto e valorizzato, e quello istituzionale, compreso e comunque precario, in questa sede si possono solo abbozzare tracce di risposta. La giurisprudenza della Corte sembra annoverabile piuttosto tra gli effetti (o cause seconde) di cause più profonde (o cause prime), che, al di là delle incertezze del testo costituzionale, attengono alla questione politica delle autonomie, e cioè al collegamento – su cui tanto ha insistito G. Berti – tra istituzioni territoriali e autonomia sociale, tra profili verticale e orizzontale della sussidiarietà. La questione cruciale è cioè a monte della giurisprudenza della Corte e riguarda la qualità autonomistica di attori politici e, conseguentemente, degli assetti istituzionali dai primi interpretati⁸³. In maniera *tranchant*, S. Cassese, in un contributo scritto mentre era giudice costituzionale, ha messo sotto accusa la “errata concezione del legislatore costituzionale del 2001, secondo il quale poteri centrali e poteri regionali dovrebbero muoversi, come pianeti, lungo traiettorie predefinite e non coincidenti. Visione astratta e infelice, tanto lontana dalla realtà che questa si è subito preoccupata di smentirla: nella giurisprudenza della Corte, a parte qualche censura temporanea, prevale la parola intreccio”; l'insigne giurista ha anche rigettato l'accusa, rivolta alla Corte, di centralismo, ri-declinato in termini di realismo – ed è questo il passaggio che ora si voleva rimarcare – “tenendo conto delle deboli forze delle regioni e della inesistenza di classi dirigenti locali”⁸⁴. Un atto d'accusa diretto e perfino ingeneroso verso la classe politica regionale e locale. Infelici soluzioni costituzionali e limiti degli attori politici delle autonomie, dunque, sono la matrice del problema: solo dopo viene quello delle scelte della Corte costituzionale.

⁸² Il capitolo, imponente, della giurisprudenza della crisi (es. sent. 19/2015, 198/2012 e 10/2010) meriterebbe un'analisi a sé.

⁸³ M. CARLI, *Il giudice delle leggi*, cit., 195.

⁸⁴ S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2012, 618. Il giudizio è in parte confermato qualche anno più tardi: “pone rimedio a una riforma sbagliata della Costituzione”, ma, aggiunge, “è impreparata a questo compito, che richiederebbe molti giudici esperti di questioni regionali” (S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna 2015, 200).

8. *Le trasformazioni del pluralismo e le sfide per la Corte costituzionale*

L'ultimo passaggio che si intende compiere è provare a ricavare dal quadro tracciato a partire dalle culture e dai lavori costituenti qualche linea evolutiva, al cospetto dell'attualità politico-istituzionale. L'elemento centrale dell'analisi che si è proposta è la correlazione tra funzione (da "volta") della Corte e pluralismo (sociale e istituzionale) del popolo sovrano⁸⁵. Subito a ridosso di questa connessione, vi è la questione della qualità, esclusiva o no, di "volta" della Corte rispetto ad altri potenziali organi di garanzia del pluralismo⁸⁶: il Parlamento stesso, il Presidente della Repubblica, ecc... Vale infatti come saggio monito contro l'illusione di letture unilaterali semplificatrici l'osservazione di M. Luciani per cui "i percorsi dell'unità nella pluralità sono tortuosi (...) perché quel risultato non si può ottenere se non concorrono elementi formali (attinenti al potere e alla sua distribuzione), elementi materiali (attinenti agli interessi), elementi ideali (attinenti alla condivisione o meno di un patrimonio di valori)"⁸⁷.

Vi è un presidio del pluralismo collocato sul versante politico: anzi tutto nelle forme (esse pure plurali) della rappresentanza, benché il rapporto tra unità e pluralità nella rappresentanza politica sia davvero complesso e perfino aporetico, segnato da una vischiosa storia di diffidenza verso i corpi intermedi e da un obiettivo di immunizzazione della sfera pubblica; perfino con l'evoluzione del significato della rappresentanza, riassunto ora dalla funzione di rispecchiamento⁸⁸, resta ciò nondimeno l'azione di intermediazione e di filtro svolta dai partiti, rivelatisi a dir poco inadempienti al ruolo e, anzi, rimasti interni e aderenti alla sfera istituzionale⁸⁹. Può legittimamente dubitarsi che i partiti siano davvero attori di una dinamica di rispecchiamento o, piuttosto, interpreti (e destinatari) di un mero processo autorizzatorio. E comunque, al netto di questi limiti, la rappresentanza politica tende all'unità della decisione legislativa

⁸⁵ Cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna 2018, 124: "Difendendo il pluralismo, la Corte costituzionale difende sé stessa, cioè la sua esistenza e l'efficacia della sua funzione".

⁸⁶ C. TRIPODINA, *Il "potere politico"*, cit., 49.

⁸⁷ M. LUCIANI, *Corte costituzionale*, cit., 258.

⁸⁸ Evoluzione ben colta in M. DOGLIANI, C. TRIPODINA, *La sovranità popolare e le sue forme: la forma rappresentativa*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano. I. Sovranità e democrazia. I*, Roma-Bari 2006, 277 ss.

⁸⁹ Tesi recentemente ripresa e argomentata da G. DUSO, *Parti o partiti? Sul partito politico nella democrazia rappresentativa*, in *Filosofia politica*, 1/2015, 11 ss.

e dell'indirizzo politico; e il pluralismo politico sporge strutturalmente rispetto alla rappresentanza (anche) nazionale.

Nella Corte costituzionale il rapporto tra unità e pluralità si esprime diversamente e mira a che l'unità perseguita politicamente non comporti un irragionevole sacrificio del pluralismo, sia proceduralmente, sia negli esiti, affinché i rapporti sociali, economici e politici, secondo il fine posto dall'art. 3, c. II, Cost., rimangano aperti alla partecipazione dei cittadini, contro le possibili cristallizzazioni del potere. Posto che è la Costituzione a tracciare la mappa e ad apprestare la garanzia per il pluralismo sociale e istituzionale, la Corte opera a protezione della sfera dell'"indecidibile che" e dell'"indecidibile che non"⁹⁰, ma anche della pluralità dei livelli in cui si esprime il pluralismo politico-istituzionale (decidibile da chi?).

A partire da questa distinzione, un elemento ineludibile dell'evoluzione, su cui non si può indugiare, ma che non può nemmeno essere sottovalutato, è, sul versante politico, la crisi della democrazia rappresentativa e della mediazione parlamentare. Alla crisi di questo modello di democrazia, che affida la mediazione alle qualità di un Parlamento capace di rispecchiare la pluralità delle espressioni politiche, si prova a rispondere – nel dibattito politico – con proposte e indirizzi di democrazia governante (intesa come concentrazione di capacità decisionale in capo all'organo di indirizzo politico e al suo vertice monocratico) o, più recentemente, di correttivi di democrazia diretta. Ciò che queste vie riformatrici minacciano di lasciare in ombra è, ancora una volta, il carattere pluralistico delle articolazioni in cui la Costituzione riconosce organizzato il popolo, perpetuando, viceversa, l'idea che il popolo possa e debba esprimersi, politicamente, con un'unica volontà. Anziché interrogarsi sulla preoccupante incapacità dei vettori tradizionali della mediazione politica (i partiti) di intercettare il pluralismo sociale e di rispecchiarlo, si persegue un disegno di accentuazione della riduzione semplificatrice del popolo sovrano a una volontà solitaria, pur sempre rappresentativa, o, perfino, a un'immaginaria volontà immanente al popolo stesso⁹¹. Se e finché gli indirizzi riformatori restano questi, la Corte – la "volta" progettata dai costituenti – non potrà esprimere appieno le sue potenzialità

⁹⁰ Sono i termini usati da L. FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari 2007. Per una critica di questa teoria, sulla base del potere insito nell'interpretazione, degli stessi principi supremi, v. C. TRIPODINA, *Il "potere politico"*, cit., 42.

⁹¹ Ho provato a sviluppare questo tema in F. PIZZOLATO, *I sentieri costituzionali della democrazia*, Roma 2019.

democratiche, ma sarà fatalmente riguardata con sospetto, come *limite* alla democrazia, anziché come sua *forma*⁹². Semplificando, al limite dello slogan: se il popolo è uno, la Corte resta limite. Se finalmente si riconosce e promuove la pluralità del popolo sovrano, la Corte può essere riconosciuta come forma della sovranità popolare.

Una conferma recente e indiretta di questo nesso, proveniente, forse inopinatamente, dalla Francia, giunge dalla riflessione del costituzionalista D. Rousseau, il quale, nell'avanzare la sua proposta di democrazia *continua*, fondata su un'accezione di rappresentanza come *scarto*, anziché come *fusione*, valorizza il giudizio di costituzionalità della legge come riflesso di questo cambiamento: “gli atti votati dal corpo dei rappresentanti – le leggi – sono giudicati rispetto ai diritti del corpo dei rappresentati – la Costituzione. Ciò implica non solo il riconoscimento di due spazi distinti portatori di due volontà normative potenzialmente contraddittorie – quella della legge e quella della Costituzione – ma anche l'irriducibilità di questi due spazi, l'impossibilità di fonderli”. E, ancora, “«mostrando» così che i due spazi possono non coincidere e che nell'ipotesi di un conflitto quello dei cittadini può vincere su quello dei rappresentati, il giudice costituzionale impedisce ai rappresentanti di pretendere di essere sovrani e svela la loro posizione di semplici delegati che possono sempre essere richiamati al rispetto dei diritti dei cittadini”⁹³.

L'elemento di consonanza tra questa proposta interpretativa e la trama della Costituzione italiana risiede nel superamento della rappresentanza politica (anche) nazionale come esaustiva composizione dell'unità del popolo, che trova nel Parlamento *uno*, per quanto autorevole, dei canali di espressione della sua sovranità. La valorizzazione del ruolo della Corte è inseparabile dal pieno riconoscimento del pluralismo delle espressioni e delle forme del popolo sovrano. Questo tema, presente fin dalla fondazione del patto costituzionale, poste le concezioni di popolo e di democrazia alla sua base⁹⁴, è oggi più vivo che mai, in tempi in cui è ancora più vero che “la democrazia è pluralismo e non saprebbe non esserlo”⁹⁵.

⁹² Come invece argomentato da G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 97; A. SPADARO, *La giustizia costituzionale italiana: da originario «limite» a moderno «strumento» della democrazia (pluralista). Cinque proposte*, in R. BIN-C. PINELLI (a cura di), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino 1996, 311 e 327.

⁹³ D. ROUSSEAU, *Radicalizzare la democrazia. Proposte per una rifondazione*, a cura di E. Bottini, tr. it., Napoli 2016, 31-32.

⁹⁴ È anche la tesi di A. SCALONE, *Il giudice costituzionale*, cit., 132-134.

⁹⁵ M. LUCIANI, *Corte costituzionale e unità nel nome di valori*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino 1991, 170.

Questo richiamo al dibattito costituzionalistico in Francia rimanda di nuovo l'analisi all'orizzonte comparatistico da cui si possono trarre preziosi insegnamenti perché, per tutte le democrazie liberali, la questione del rapporto tra pluralismo sociale e politico e funzione degli organi di giustizia costituzionale è strutturale. Gli assetti non sono monolitici, ma dipendono dalle espressioni del pluralismo sociale ed istituzionale che trovano riconoscimento nelle costituzioni, dalla idoneità di quelle medesime espressioni a dare forma e a ospitare la concreta partecipazione dei cittadini e infine dal ruolo e dal peso attribuiti agli organi di giustizia costituzionale. Gli esiti sono inevitabilmente complessi e articolati⁹⁶. L'esperienza degli Stati Uniti d'America attesta ad esempio quanto il *judicial review* sia legato al tessuto pluralistico e, appunto, federale della Repubblica⁹⁷, ma anche quanto l'autorevolezza riconosciuta alla Corte suprema sia stata un elemento fondamentale di garanzia del primato della Costituzione⁹⁸. Al contempo, altre esperienze – soprattutto nel contesto latino-americano⁹⁹ – segnalano il rischio che l'apertura delle Corti al pluralismo sociale scada a vettore di condizionamento da parte di “segmenti di società che riescono ad esercitare una pressione più forte, non solo mediatica ma anche argomentativa”¹⁰⁰.

Anche per il nostro ordinamento, non è quindi eludibile la questione delle forme del pluralismo sociale. Le sue manifestazioni sono profondamente variate e men che meno possono oggi dirsi esaurite, o anche solo efficacemente riassunte, da un sistema partitico necessario, ma insufficiente. Vi è stato anzi un disallineamento progressivo e ora perfino patologico tra pluralismo politico e sistema partitico¹⁰¹. In Assemblea costituente molte forze (soprattutto a sinistra) ritenevano che il pluralismo scorresse con buona approssimazione nei partiti rappresentati in Parlamento¹⁰². Secondo La Pira, il pluralismo, che la Costituzione doveva

⁹⁶ ...e ovviamente la loro analisi eccede rispetto ai limiti di questo contributo.

⁹⁷ J.H. ELY, *Democracy and Distrust*, Cambridge Mass.- London 1980; P. RIDOLA, “La Corte si apre all'ascolto della società civile”, in *Federalismi.it*, 2/2020, V.

⁹⁸ A questa condizione pare legata la fortuna dell'istituto della *dissenting opinion*, su cui O.W. HOLMES, *Opinioni dissenzienti*, tr. it., Milano 1975.

⁹⁹ S. BAGNI, *Democratizzazione della giustizia costituzionale in America latina*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, 1387 ss.

¹⁰⁰ P. RIDOLA, “La Corte si apre all'ascolto della società civile”, cit., VIII.

¹⁰¹ Ha posto la questione, ormai 15 anni fa, O. CHESSA, *Corte costituzionale*, cit., 889 ss.

¹⁰² G. BISOGNI, *La 'politicalità' del giudizio*, cit., 134-136, il quale riconduce a questa fiducia anche la ragione di una certa vaghezza circa il ruolo della Corte costituzionale; e 144, 211.

“rivestire”, era invece “organico”, benché alcuni eccessi “architettonici” del costituente siciliano fossero, già in Assemblea costituente, moderati e corretti da Dossetti e da A. Moro¹⁰³. In corrispondenza con il declino dei partiti è cambiato profondamente il tipo di pluralismo socio-politico: non più così fortemente strutturato, secondo architetture stabili che trovavano nei partiti il loro terminale di riferimento, ma secondo forme assai più frammentarie e molecolari. Si prefigurano manifestazioni di pluralismo socio-politico che percorrono vie di espressione autonome dai partiti e meno strutturate. Cosa resta della veste e della “volta” al cospetto di un pluralismo divenuto nel frattempo molto più fluido, conflittuale e reticolare?

Lo sganciamento dei principi costituzionali dalla custodia offerta dal patto tra partiti suscita un ripensamento del posto che spetta alla Corte costituzionale. Nello Stato dei partiti, come ha scritto O. Chessa, “la giustizia costituzionale (...) non può caratterizzarsi tanto in senso «contromaggioritario» (...) In questo scenario il compito della Corte costituzionale è soprattutto quello di affiancarsi – in modo cauto, discreto – al legislatore nell’opera di svolgimento del programma costituzionale”¹⁰⁴. La degenerazione del sistema partitico apre una nuova stagione, che non può che riflettersi sul ruolo della Corte¹⁰⁵. La crisi della mediazione rappresentativa sembra, da un lato, alimentare soluzioni semplificatrici e decisionistiche; dall’altro, in controtendenza, consegnare un’autorevolezza inedita e forse sorprendente a organi di ricomposizione sintetica e unitaria, quali il Presidente della Repubblica e la stessa Corte costituzionale¹⁰⁶. Viene il dubbio che, più che di crisi di mediazione rappresentativa, sia l’inadeguatezza degli attori partitici della rappresentanza ad alimentare una domanda inesausta di credibile ricomposizione unitaria. Per questa ricomposizione restano naturalmente aperte vie differenti: quella del decisionismo politico, che vorrebbe risolvere le contraddizioni del rappresentato in un’unità decisionale singolare e semplificata; ed una, per così dire, federale, mite, che non cerchi *una* soluzione attorno a *una* volontà sovrana, ma strumenti di coesistenza e di cooperazione tra parti plurali, cui è riconosciuto rilievo politico. La Costituzione indirizza verso questa

¹⁰³ V. PEREGO, *Il nodo organicismo/pluralismo nel pensiero politico dei cattolici*, in AA.VV., *Le idee costituzionali della Resistenza*, Roma 1997, 160 ss.

¹⁰⁴ O. CHESSA, *Corte costituzionale*, cit., 886.

¹⁰⁵ A questo tema è dedicata, non a caso, la disamina di G. D’AMICO-D. TEGA, *1993-2013*, cit., 551 ss.

¹⁰⁶ G. D’AMICO-D. TEGA, *1993-2013*, cit., 553.

seconda direzione. Il punto è capire che ruolo possa continuare a svolgere la Corte in questa evoluzione.

Una traccia illuminante di risposta è offerta da Paolo Grossi, con la sua immagine, apparentemente semplice, ma forte dello spessore teorico e dell'esperienza istituzionale del suo autore, della Corte quale "organo respiratorio della società"¹⁰⁷. P. Grossi legge nella trama originaria della Costituzione la scelta consapevole per il concreto pluralismo del popolo, quale soluzione di continuità rispetto alla modernità giuridica e politica¹⁰⁸. Alla Corte, che è posta a servizio della Repubblica, si estende pertanto il compito ex art. 3, c. II¹⁰⁹. A proposito della giustizia costituzionale, G. Zagrebelsky ha parlato di "una funzione sociale, non governativa"¹¹⁰; o anche di "Corte in-politica", perché custode del *pactum societatis*, garanzia delle condizioni d'insieme minime della vita collettiva¹¹¹. Cheli si è spinto fino a intravedere nella Corte "non solo uno strumento di garanzia, ma anche un fattore dinamico del pluralismo istituzionale, una sorta di ago della bilancia dello «stato delle autonomie» e di percorso di emergenza per la trasmissione delle domande sociali"¹¹².

Cosa può comportare per la Corte assumere oggi questa funzione? Per provare a rispondere a questa domanda, occorre ripartire dal riconoscimento del carattere profondamente mutato della partecipazione sociale, allontanatasi, come si è detto, da architetture stabili a ridosso dei partiti e dai percorsi di rispecchiamento da questi interpretati, e resasi piuttosto molecolare e individualizzata, per poi porsi il problema di quale unità repubblicana sia possibile in questo paesaggio. Nel solco della Costituzione, si deve trattare di un'unità di tipo dialogico e cooperativa, alimentata da raccordi e partecipazione.

La direzione indicata dalle trasformazioni ricordate conduce a riconoscere una rinnovata centralità al ruolo degli enti locali e dei Comuni

¹⁰⁷ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 98, 111 e 71.

¹⁰⁸ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 53.

¹⁰⁹ N. OCCHIOCUPO, *Costituzione e Corte*, cit., 23 e 148; C. RUPERTO, *La Costituzione in mezzo a noi*, Milano 2005, 11; P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, cit., 59.

¹¹⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 327.

¹¹¹ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino 2009, 303 ss.

¹¹² E. CHELI, *Prefazione*, in G. D'Orazio, *La genesi della Corte*, cit., 16-17. Lo stesso D'Orazio annotava come già nella crisi dell'Italia statutaria, "l'esteso pluralismo affidava un nuovo ruolo alle minoranze, in Parlamento e nella società civile, poneva limiti alla maggioranza governativo-parlamentare e richiedeva più avanzate forme e procedure di garantismo giuridico-costituzionale *super partes*" (*ibidem*, 28).

in primis. Sono questi infatti l'interprete meglio posizionato per il riconoscimento e il dialogo con le forme inedite di una partecipazione sociale fluida e autonoma, se non distante, dai partiti, concreta e perfino individualizzata¹¹³. Le esperienze diffuse di democrazia partecipativa e dei regolamenti sull'amministrazione condivisa (con i connessi patti di collaborazione civica) avvalorano questa affermazione. A partire da qui, parrebbe logico prospettare anzitutto l'arricchimento della capacità rappresentativa del Parlamento, attraverso l'espressione delle Regioni e degli enti locali o la valorizzazione degli organi di cooperazione inter-istituzionale: già questo passaggio avrebbe un'incidenza sui meccanismi della selezione dei giudici costituzionali. In una direzione coerente, una riforma possibile, che rispetti il ruolo della Corte e lo adatti alle trasformazioni intervenute, potrebbe essere il potenziamento dell'estensione ai Comuni dell'accesso (in via principale) alla Corte stessa¹¹⁴. Alcune vie – mediate – di accesso sono già aperte: in via principale, quelle introdotte dalla l. La Loggia, che pure esigono – nel caso di impugnazione di una legge statale – un nesso con la lesione di competenze, non necessariamente legislative, della Regione¹¹⁵; peraltro, nei giudizi promossi in via principale, l'orientamento della Corte si è sin qui rivelato particolarmente chiuso alla richiesta di intervento degli enti locali (paradigmatica è la sent. 220/2013 con riferimento alle Province). In via incidentale, un recente, e potenzialmente promettente, orientamento della Corte (sent. 33/2019) l'ha portata a riconoscere ai Comuni la possibilità di “provocare” un giudizio lamentando l'illegittimità costituzionale di una legge, a condizione che nel giudizio principale sia individuabile un *petitum* separato e distinto dalla questione di legittimità costituzionale¹¹⁶. È noto che, secondo alcune proposte, l'ampliamento delle vie d'accesso alla Corte dovrebbe

¹¹³ Ho provato a meglio argomentare questo passaggio in F. PIZZOLATO, *Il civismo e le autonomie territoriali*, in F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, F. PIZZOLATO, A. QUADRIO CURZIO e L. VANDELLI (a cura di), *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Bologna 2019, 71 ss.

¹¹⁴ Riteneva improcrastinabile tale estensione, già sotto il dominio del vecchio titolo V, A. SPADARO, *La giustizia costituzionale italiana*, cit., 320 s., nell'ambito di interessanti proposte volte ad estendere le possibilità di ricorso alla Corte dei soggetti del pluralismo costituzionalmente rilevanti (alcune formazioni sociali, università, ecc.), più ancora che a singoli individui. Nello stesso volume v. anche il contributo di T. GROPPI, *La tutela giurisdizionale dell'art. 128 della Costituzione, ovvero il ricorso diretto dei Comuni e delle Province alla Corte costituzionale*, 163 ss., che contiene anche proposte *de jure condendo*.

¹¹⁵ Si v. già sent. 298/2009.

¹¹⁶ M. COLLEVECCHIO, *Gli enti locali innanzi a leggi lesive della loro autonomia ed attribuzioni. Utili spunti della sentenza della Corte Costituzionale n. 33 del 2019 per l'ac-*

essere ancora più generoso, con l'estensione ai cittadini *uti singuli*, sul modello di istituti presenti in altri ordinamenti¹¹⁷. Su questo punto nella stessa Assemblea costituente si manifestarono opinioni diversificate: una significativa apertura era ad esempio prefigurata dalle relazioni di Calamandrei¹¹⁸ e di Leone nella II Sottocommissione. E tuttavia gli enti locali restano, nel bilanciamento tra apertura dei canali d'accesso alla Corte e buon andamento, un filtro ragionevole e al contempo una risorsa di significativo arricchimento del processo costituzionale¹¹⁹.

La trasformazione, che si è colta, nella direzione di un marcato e perfino frammentato pluralismo del corpo sociale ha riflessi sulle stesse tecniche decisorie della Corte. Queste scontano la difficoltà, culturale ed ermeneutica, di un'integrazione forte attorno ai valori costituzionali, basata su una fedeltà di tipo ideologico-prescrittivo e su una metodologia dell'interpretazione logico-deduttiva; dati questi presupposti, è stato osservato come la giurisprudenza (anche quella costituzionale) sia chiamata a operare un ri-proporzionamento continuo (e mite) dei parametri in vista del risultato e ad agire in direzione della moderazione e della mediazione del conflitto¹²⁰. In questo nuovo scenario, la *ragionevolezza* ha guadagnato un'inedita centralità, divenendo il modo privilegiato in cui i

cesso in Corte e valutazioni sulla effettività della tutela degli enti locali, in *Federalismi.it*, 13/2019, 4.

¹¹⁷ Si rinvia per una sintetica rassegna a A. PIN, *La giustizia costituzionale*, in T.E. FROSINI (a cura di), *Diritto pubblico comparato. Le democrazie stabilizzate*, Bologna 2019, 286 ss.; A. VEDASCHI, *La giustizia costituzionale*, cit., 1114.

¹¹⁸ G. BISOGNI, *La 'politicalità' del giudizio*, cit., 91. Peraltro la II Sottoc. aveva previsto l'impugnazione in via diretta della legge da parte del *quisque de populo*: su questo G. VOLPE, *La giustizia costituzionale*, cit., 307. Si v. l'intervento di Bozzi, II Sottocomm., sed. 22.1.47 e, nella stessa seduta, i dubbi sollevati da Ambrosini.

¹¹⁹ Una via, non coincidente con quella qui proposta, ma nemmeno incompatibile, è quella recentemente percorsa dalla Corte, con le modifiche delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, deliberate l'8 gennaio 2020, consistenti, in sintesi, nell'introduzione della figura dell'*amicus curiae*, nella previsione di istruttorie aperte ad esperti, nonché nell'ampliamento dell'intervento nel giudizio incidentale. Nell'impossibilità di una analisi di questa novità, si rinvia, per una prima, problematica, valutazione a P. RIDOLA, *“La Corte si apre all'ascolto della società civile”*, cit., IV ss.

¹²⁰ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale*, cit., 122. Osservava già E. CHELI, *Prefazione*, cit., 15: “il controllo di costituzionalità, in una società profondamente conflittuale quale quella italiana, involge problemi che non sono tanto di conservazione di valori giuridici consolidati quanto di sorveglianza sulla dinamica degli interessi e sulle sedi istituzionali destinate a rappresentarli; una funzione di questo tipo può essere assicurata da parte di un organo non direttamente rappresentativo quale la Corte soltanto e a condizione di disporre di un sistema fluido di alleanze sociali, al di fuori di ogni scelta irreversibile di campo negli schieramenti rigidi delle forze politiche”. Sul rapporto tra Corte e opinione

principi si irradiano e si compongono nell'ordinamento¹²¹. Essa esprime la ricerca di un equilibrio tra i valori e di un criterio di composizione mite della pluralità di interessi¹²². In quest'ottica, la correlazione, intravista dalla dottrina¹²³, tra il canone della ragionevolezza e il dovere di fedeltà alla Repubblica, ex art. 54 Cost. è illuminante, perché allontana il sospetto che la ragionevolezza, a fronte di una difficile fondazione dei valori, equivalga a cedimento, di sapore relativistico¹²⁴, verso un livellamento degli interessi confliggenti, e perché richiama alla coerenza rispetto a un criterio di edificazione della Repubblica che riconosca il rilievo delle *differenze* e della loro cooperazione¹²⁵.

Non si può dire che sia sufficiente il richiamo all'art. 54 a scongiurare il pericolo che, per via della ragionevolezza, la Corte si sostituisca a compiti propri della mediazione politica¹²⁶. Tanto più che la ragionevolezza non va predicata solo con riferimento al verso di quanto è stato deciso (la decisione presa è – o non è – irragionevole¹²⁷), ma alla necessità stessa di decidere e, in questo modo, di recidere la possibilità di scelte differenziate o di intestarsi la disciplina di ambiti della convivenza. Non è cioè detto che gli spazi costituzionalmente non pregiudicati siano, di per ciò stesso, nella piena disponibilità del legislatore (statale e non). Non basta che sia fatto salvo il “decidere”, se e in quanto non irragionevole, perché la ragionevolezza deve ancor prima caratterizzare la scelta del legislatore di

pubblica, v. G. D'AMICO-D. TEGA, 1993-2013, cit., 577-578; e soprattutto il contributo di A. SPERTI in questa rivista.

¹²¹ O. CHessa, *Corte costituzionale*, cit., 893 ss. e 911; C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale*, cit., 120-122 vi legge uno spostamento tendenziale da una legittimazione per valori a una di risultato, più legata alla contingenza del conflitto; V. ANGIOLINI, *Il «pluralismo» nella Costituzione e la Costituzione per il «pluralismo»*, in R. BIN, C. PINELLI, *I soggetti del pluralismo*, cit., 15.

¹²² L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005, 374 s.. V. anche gli essenziali contributi di F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2005; e di J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino 1997, 348.

¹²³ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione*, cit., 391 ss. e, con riferimento al principio autonomistico, 425 ss.

¹²⁴ Il problema del rapporto tra vincoli testuali e creatività del momento interpretativo è bene messo a fuoco da F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale*, cit., 15 ss.

¹²⁵ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 124: “scopo generale di una costituzione pluralistica è l'inclusione in un quadro di convivenza aperto, predisposto all'interazione tra le componenti sociali e amico delle loro diversità”; *ibidem*, 132.

¹²⁶ M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2016, 13.

¹²⁷ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 127.

restringere la differenziazione e il pluralismo, sottraendo spazi, costituzionalmente fondati, all'autonomia sociale (più che individuale) e/o territoriale. In una direzione simile va, se non ci si inganna, quanto ha scritto V. Angiolini: «più che produrre esso stesso il «pluralismo», in modo da assorbirne ed attutirne gli effetti entro procedure «tecnicamente» qualificate, il diritto costituzionale dovrebbe esclusivamente scongiurare, per riprendere Gurvitch, che il «pluralismo di fatto» si «ossifichi» o «degeneri»¹²⁸. E di questa funzione, la Corte costituzionale è la naturale vestale.

Nella Costituzione, la legge si muove – in rapporto a determinati ambiti di autonomia (si pensi all'art. 5, rispetto alle autonomie territoriali; e all'art. 29, rispetto all'autonomia familiare) – con la logica della cornice¹²⁹ e la sua penetrazione in questi ambiti dovrebbe soggiacere a un criterio di stretta proporzionalità e appunto di ragionevolezza. Non si può dire che questa frontiera della legge – che si potrebbe forse definire l'analisi autonomistica del diritto – sia molto sviluppata.

A una ragionevolezza costituzionalmente ispirata, ex art. 54 Cost., si ricollega l'utilizzazione del canone – assai frequentato dalla giurisprudenza costituzionale – della leale collaborazione¹³⁰: esso declina, in tecniche procedurali, un'idea di unità basata sulla ricerca dell'accordo, anziché sull'individuazione di una decisionalità tagliente che ambisca a corrispondere a una presunta singolarità del volere del popolo sovrano. Un ordinamento di tipo federale pratica quello che, utilizzando le categorie riprese da G. Duso, potremmo definire la logica del «governo», ovvero il decidere *insieme* tra parti plurali che, unendosi, non smettono di avere rilievo politico¹³¹. La leale collaborazione esprime un'idea di dialogo, tendenzialmente paritario e non coercitivo¹³². Ha scritto Emanuele Rossi: «la legislazione si fa, sempre di più, attraverso processi cui partecipano attivamente più protagonisti: lo stesso Parlamento, ma anche il governo, le istituzioni comunitarie come anche le autorità di garanzia, le regioni e gli

¹²⁸ V. ANGIOLINI, *Il «pluralismo» nella Costituzione*, cit., 16.

¹²⁹ Si v. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, 123.

¹³⁰ Sul punto si v. M. RUOTOLO, *Le esigenze unitarie nel riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni: attuazione giurisprudenziale del titolo v e prospettive di (ulteriore) riforma*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, IV, Napoli 2008, 2062; S. MANGIAMELI, *Il titolo V*, cit., 24.

¹³¹ G. DUSO, *Pensare il federalismo: tra categorie e costituzione*, in G. DUSO, A. SCALONE (a cura di), *Come pensare il federalismo? Nuove categorie e trasformazioni costituzionali*, Monza 2010, 98 ss.

¹³² S. MANGIAMELI, *Il titolo V*, cit., 24, con riferimento alla differenza tra *compulsion* (coercizione) e *pressure* nella Corte suprema americana.

enti locali ma anche i soggetti privati chiamati ai tavoli della programmazione e della concertazione, la stessa Corte costituzionale nella sua opera di invero del dettato costituzionale. (...) In tal senso risulterebbe fondamentale un superamento della logica contrappositiva da parte del potere politico nei confronti della Corte, al fine invece di costruire insieme ad essa ed agli altri soggetti istituzionali una conformazione pluralista del procedimento normativo e dell'indirizzo politico¹³³. La Corte è opportunamente richiamata per la sua funzione di (garanzia della) tessitura, al servizio della leale collaborazione, della rete della Repubblica.

Lo stesso Luciani, certamente non sospetto di cedimenti verso un'idea di governo dei giudici, ha indicato, in un contributo successivamente ripreso, "come trovare un equilibrio fra un eccesso e un difetto di giurisdizionalizzazione (costituzionale) del conflitto sociale", attraverso "l'idea che alle giurisdizioni costituzionali spetti anzitutto il compito di «clear the channels» del processo pluralistico di assunzione delle decisioni politiche. Lo si può fare soprattutto difendendo rigorosamente il principio di leale collaborazione ed estendendone l'applicazione anche al di là del dominio dei rapporti verticali fra livelli di governo, così sollecitando il dialogo fra i soggetti sociali e rivalutando il ruolo di quei corpi intermedi che oggi destano sovente tanta insofferenza"¹³⁴.

Il ruolo fondamentale e specifico della Corte è allora proprio quello, attraverso le funzioni affidatele, di garantire la tenuta del patto costituzionale e, più precisamente, la natura pluralistica, dialogica e cooperativa dell'unità della Repubblica.

¹³³ E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale*, cit., 345.

¹³⁴ M. LUCIANI, *Diritti sociali*, cit., 16.

SAGGI

Giorgio Repetto

LA GIUSTIZIA RESA DALLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE. PROFILI PROCESSUALI*

SOMMARIO: 1. Intorno ai diversi modi di intendere la giustizia resa dalla giustizia costituzionale. – 2. Rendere giustizia costituzionale attraverso il processo: flessibilità delle regole e diritto costituzionale sostanziale. – 3. Accesso al giudizio di costituzionalità tra regola ed eccezione. Quale giustizia per la *factio litis*? – 4. L'espansione delle sentenze manipolative, le valutazioni “individualizzanti” e il limite relativo costituito dalla discrezionalità del legislatore. – 5. Una giustizia commisurata alle conseguenze? La delimitazione degli effetti temporali dell'incostituzionalità. – 6. Quale “giustizia” costituzionale?

1. *Intorno ai diversi modi di intendere la giustizia resa dalla giustizia costituzionale*

Così come è saltuaria la riflessione sulla giustizia nella storia della filosofia del diritto (lo notava Norberto Bobbio nelle pagine di prefazione a *La Giustizia* di Perelman), allo stesso modo si può dire che solo episodica, per quanto talvolta assai significativa, sia la riflessione costituzionalistica intorno a se, quanta e quale “giustizia” sia resa dalla giustizia costituzionale.

A dispetto di tale occasionalità, il tema ha in realtà rappresentato un sottofondo costante della più generale riflessione intorno alla natura e ai confini della giurisdizione di costituzionalità, in primo luogo per l'evidente ragione che i caratteri della costituzione repubblicana e, tra questi, soprattutto la rigidità unita all'ampia tessitura di principi e valori, hanno reso inevitabile che sulla funzione giurisdizionale (e, in particolare, su quella peculiare forma di esercizio della stessa assicurata dalla Corte

* Relazione presentata al Convegno “Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale”, Università degli studi di Torino, 17-18 ottobre 2019.

costituzionale) si riversassero domande in larga parte inedite, perché le tradizionali forme dell'interpretazione erano ora chiamate a fare i conti con istanze di valore non più riconducibili entro gli schemi della sovranità della legge.

Interrogarsi, quindi, su un termine per il giurista così perturbante come la giustizia può voler dire, innanzi tutto, prendere atto che la sua dimensione presenta nello Stato costituzionale caratteri specifici e diversi dal passato, nel senso che il dualismo tra legge e costituzione, e tra *lex* e *iura*, si svolge in un orizzonte nel quale è esclusa la possibilità di una ricomposizione ultima tra i due poli, garantita dall'appello a un qualche ordine superiore.

In questo quadro, il problema della giustizia assicurata dalla giustizia costituzionale va innanzi tutto iscritto nella questione relativa al rapporto del giudice e della sua attività interpretativa (per il momento si potrebbe dire: di qualsiasi giudice) con i valori costituzionali. La fedeltà alla Costituzione, in quanto prevalente sulla fedeltà alla legge, rende sempre meno giustificabile l'indifferenza del giudice rispetto ai valori, senza che ciò possa tuttavia tradursi nella indiscriminata possibilità di rifarsi a particolari concezioni di giustizia nell'opera di integrazione dello schema normativo. Una dimensione di giustizia commisurata, in prima battuta, alla natura dello Stato costituzionale è quella che si può realizzare laddove il giudice è chiamato ad "operare, *nel momento stesso dell'integrazione*, una sintesi di valori, dalla quale sia possibile dedurre la teleologia adeguata alla situazione specifica oggetto di giudizio"¹.

Muovendo da premesse non dissimili, Gustavo Zagrebelsky ha offerto del rapporto tra giurisdizione di costituzionalità e prestazioni di giustizia la ricostruzione più attenta e impegnata, a partire dalla classica definizione della Corte costituzionale stessa come "organo delle aspettative di giustizia della società"². Una ricostruzione che è andata ben al di là del solo piano attinente alla fisionomia e all'attività della Corte costituzionale, e che ha portato nel tempo alla costruzione di una teoria della costituzione che è anche, al tempo stesso, una teoria costituzionale. Per la più diretta attinenza al tema oggetto di queste riflessioni, mi limiterò tuttavia a ricordare brevemente la ricaduta che la complessiva elaborazione di Zagrebelsky ha mostrato rispetto al concreto esercizio dei poteri della Corte costituzionale. L'istanza di giustizia influenza e rimodula l'operato della

¹ G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, 9.

² G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, 122.

Corte costituzionale da molti punti di vista diversi, soprattutto in ragione del suo saldarsi alle caratteristiche del caso concreto e all'attribuzione ad esso di una normatività che si dispiega nell'operazione interpretativa consistente nell'attribuzione di senso e valore³. La pressione normativa del fatto, diventato ora "caso vivo"⁴, si dispiega sulle circostanze e modalità di esercizio dei poteri della Corte costituzionale (tra gli altri giudici), chiamata ora a corrispondere a tali aspettative di giustizia promananti dal caso tramite un più adeguato uso dei suoi strumenti interpretativi, dal bilanciamento all'interpretazione "orientata al pluralismo", fino al rispetto del precedente inteso come luogo di composizione del rapporto tra stabilità e mutamento all'interno delle vicende della normatività costituzionale⁵. Lì dove la commisurazione a istanze di giustizia ha inciso tuttavia con maggiore evidenza e in termini più espliciti sull'azione della Corte è con riferimento a quei casi in cui, pur dietro il rimando all'art. 3 Cost. come parametro della violazione invocata, essa ha fatto valere un vizio di arbitrarietà della legge (o forse sarebbe meglio dire: della funzione legislativa) che si traduce nel venire meno di un presupposto a tal punto essenziale dell'esercizio del potere legislativo da poter essere accertato anche prescindendo dagli usuali strumenti di raffronto propri del giudizio di ragionevolezza. Si tratta, in tutti quei casi in cui tale giudizio si avvale di una terminologia difficilmente razionalizzabile (razionalità, arbitrarietà, coerenza, *giustizia*), non di un richiamo a norme scritte, ma "[d]el nostro modo di concepire l'ordinamento giuridico e le fonti del diritto" che si è radicato nel tempo e soprattutto nella giurisprudenza costituzionale, e che ha finito per rappresentare un "sottofondo non normato della costituzione dello Stato" (con richiamo a Heller)⁶. All'interno di questa tipologia di vizio originario e costitutivo⁷ trovano spazio le figure dell'irrazionalità, dell'irragionevolezza e della ingiustizia, intesa ovviamente non in senso assoluto e astorico ma piuttosto come giudizio di "giustizia", che si distingue dai precedenti perché questi si svolgono pur sempre entro un "gioco di norme", mentre il giudizio di giustizia "prende in considerazione i casi della vita, non per intenderne le norme di diritto,

³ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna 2008, 198.

⁴ Op. ult. cit., 188.

⁵ Op. ult. cit., 275 ss.

⁶ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna 2018, 162.

⁷ Si parla a riguardo di leggi "contro la natura del diritto", op. e loc. ult. cit.

ma per valutare la legittimità di queste ultime”⁸. Già in passato, lo stesso Autore aveva insistito su questa figura mettendo in luce come a venire in gioco in queste circostanze è “il legame giustificativo tra regola e caso”, che ove manchi rende la regola “intrinsecamente arbitraria: in sé e per sé, non in rapporto ad altre regole”⁹. Di un simile ruolo che il giudizio di giustizia ha nella giurisprudenza costituzionale vi sono tracce laddove la Corte chiami in causa una “manifesta irragionevolezza intrinseca”, come avvenuto da ultimo nella sent. n. 236 del 2016 in tema di misura della pena per il reato di alterazione di stato civile (su cui si tornerà *infra*) o, ancora più di recente, nella sent. n. 149 del 2018, dove a essere colpito è l’automatismo legislativo consistente nella preclusione (disposta dall’art. 58-*quater*, comma 4, della legge ord. penit.) dell’accesso ai benefici carcerari per coloro i quali si siano resi responsabili del reato di sequestro di persona da cui sia derivata la morte del sequestrato. In casi del genere, ad essere colpito è, in vario modo, il legame che si instaura tra la norma *sub iudice* e la fattispecie concreta da cui promana l’aspettativa di giustizia, il più delle volte attraverso il filtro costituito dalla funzione sociale a cui quella norma risulta essere preordinata¹⁰.

Sia che il giudizio di giustizia (o di “giustezza”) sia commisurato al rendere giustizia al fatto e alla sua pretesa di normatività, sia che esso si commisuri alla funzione sociale che il diritto positivo deve avere, quello che contraddistingue questa posizione è che tale giudizio investe sempre e comunque il *merito* della decisione della Corte, si appunta cioè sul

⁸ Op. ult. cit., 176. La tesi può essere fatta risalire alla presa d’atto che il giudizio di ragionevolezza, soprattutto in una seconda fase della giurisprudenza della Corte, si è svolto anche per linee “esterne” al sistema, vale a dire sovrapponendo alla razionalità della scelta legislativa una diversa razionalità ricercata *aliunde* (ID., *Corte costituzionale e principio generale di uguaglianza*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni*, Bologna 1978, 112). Negli stessi anni si era criticamente rilevato (ma in un’ottica diversa) come l’espansione del giudizio di ragionevolezza comportasse necessariamente un sindacato sulla giustizia in sé delle scelte legislative affidato “all’uno o all’altro dei molteplici e di per sé fungibili fattori di derivazione extralegislativa, attinti attraverso la diretta valutazione da parte della Corte dei fatti e dei momenti storici e mutuati da visioni e ideologie socialmente e temporalmente condizionate, nonostante le più o meno tecniche formule di copertura (interesse generale, coscienza sociale, natura delle cose, valori della Costituzione, etc.) di volta in volta escogitate”. Questo orientamento tuttavia poteva essere ricondotto a sistema (e non lasciato all’arbitrario apprezzamento della Corte) ove ricondotto finalisticamente entro le maglie dell’art. 3, comma 2, Cost.: così G. VOLPE, *L’ingiustizia delle leggi. Studi sui modelli di giustizia costituzionale*, Milano 1977, 264 ss., 272 (da cui la preced. cit.) e 288 ss.

⁹ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 155.

¹⁰ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I.*, cit., 178.

criterio di identificazione del vizio che affligge una fonte legislativa, non più dipendente unicamente da una mancata corrispondenza contenutistica con un parametro costituzionale, ma derivante da un *deficit* quasi autoevidente di razionalità e quindi di giustificazione della disposizione legislativa, che utilizzerà pur sempre lo schermo del parametro di costituzionalità ma la cui antiggiuridicità non sarà più da esso propriamente (o unicamente) costituita.

In una direzione in parte diversa si muove invece la tesi secondo la quale il fatto che la Corte costituzionale “renda giustizia costituzionale” si apprezza principalmente alla luce del potere che essa ha di modulare alcune regole che presiedono allo svolgimento del suo giudizio per giungere ad esiti in grado di servire al meglio il diritto costituzionale sostanziale. L'accento è ora messo non tanto sulla natura e sulla consistenza del vizio di incostituzionalità, quanto sulla possibilità per la Corte di valorizzare la flessibilità delle regole processuali per “sfondare gli schemi formali”¹¹ che ne limitano l'azione quando essi siano troppo rigidi da consentire ad essa di giungere a un risultato che dia valore a un precetto o a un principio costituzionale, dispiegandone per intero i significati. A un'esigenza del genere si è ad esempio fatto richiamo in riferimento a una discussa sentenza del 2015 (n. 119) in cui la Corte costituzionale era chiamata dalle sezioni unite della Cassazione a decidere sulla conformità a Costituzione della norma che precludeva l'accesso al servizio civile agli stranieri (art. 3, comma 1, d. lgs. 5 aprile 2002, n. 77), in una controversia che era però destinata ad arenarsi per sopravvenuto difetto di interesse perché il ricorrente aveva rinunciato al ricorso, avendo ottenuto *medio tempore* la cittadinanza. Ciò nonostante, la Corte costituzionale ritiene ammissibile (oltre che fondata nel merito) la *quaestio*, valorizzando la circostanza per cui sul chiaro ed evidente difetto di rilevanza della questione era destinato a prevalere l'interesse a pronunciarsi su una questione sollevata dalla Cassazione “nell'interesse della legge” (ai sensi dell'art. 363, co. 3, c.p.c.). Questo, evidentemente, perché il requisito della rilevanza è destinato ad operare in modo diverso laddove il giudizio è per sua natura, come in questo caso, non preordinato a risolvere una concreta e specifica controversia, bensì ad assolvere l'interesse oggettivo rivolto ad individuare un “criterio di decisione di casi futuri”, così che la stessa incidentalità vede spostato (o meglio ampliato) il suo asse di funziona-

¹¹ E. CHELI, *Introduzione*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna 1982, 17.

mento in virtù della necessità di catturare al proprio interno l'azione che la Corte di cassazione svolge in tali circostanze¹². È in relazione a questo esito che si comprende quindi come “le regole processuali si [debbono] piegare alle (o meglio devono essere lette in funzione delle) esigenze del diritto costituzionale sostanziale, del ‘rendere giustizia costituzionale’ e non viceversa”¹³.

Rispetto alla mole di problemi sollevati dalle posizioni finora sottolineate, mi soffermerò in questa sede sugli specifici problemi e interrogativi che riguardano la “giustizia resa dalla giustizia costituzionale” attraverso il prisma degli strumenti processuali, vale a dire sul se e quali istanze di giustizia siano ravvisabili laddove la Corte costituzionale, in vario modo, allenti il rigore (vero o presunto, si vedrà) delle norme che regolano il suo giudizio per consentire alle *quaestiones* ad essa sottoposte di arrivare ad un esito che sia capace, per riprendere le parole di Silvestri, di dedurre alla luce del diritto costituzionale sostanziale “la teleologia adeguata alla situazione specifica oggetto del giudizio”.

Formulo in via preliminare alcuni presupposti ai quali mi atterrò nell'esposizione. Pur nella consapevolezza che in nessun altro ambito come nel diritto processuale costituzionale è impossibile separare, per quanto detto, profili sostanziali e processuali, mi soffermerò quasi unicamente sulle soluzioni con le quali la Corte costituzionale, soprattutto negli ultimi tempi, ha fatto valere istanze di giustizia o equitative valorizzando a tal fine la c.d. flessibilità delle regole processuali. Alla luce di una

¹² Come con tutta chiarezza ha ritenuto la sentenza in parola: “L'incidentalità, infatti, discende dal compito della Corte di cassazione di enunciare il principio di diritto sulla base della norma che potrà risultare dalla pronuncia di illegittimità costituzionale e che sarà, in ogni caso, “altro” rispetto ad essa. È in tal modo che si realizza l'interesse generale dell'ordinamento alla legalità costituzionale attraverso l'incontro ed il dialogo di due giurisdizioni che concorrono sempre – e ancor più in questo caso – alla definizione del diritto oggettivo” (p. 2.5. *cons. in dir.*).

¹³ M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di “rendere giustizia costituzionale”*, in *Rivista AIC* 1/2015, 7. Dello stesso A. v. anche *Tra anima politica e giurisdizionale. A proposito di alcune “oscillazioni” della Corte nel giudizio di legittimità costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Torino 2017, 239 ss. Sulla questione di cui nel testo v. anche R. ROMBOLI, *La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.*, in *Consulta Online* 2015, 352 ss., dove analogamente si auspicava (prima dell'adozione della sentenza) un'ammissibilità disposta dalla Corte costituzionale “ai limitati fini”.

tale delimitazione del campo di indagine, in prima battuta, e salvo quanto si proverà a ulteriormente chiarire nel corso dell'esposizione, il riferimento alla giustizia verrà reso nei termini tradizionali di un'attenuazione dello *ius strictum* costituito dai significati tradizionalmente acquisiti dalle regole processuali medesime. Di volta in volta, si proverà a rintracciare le diverse modalità di manifestazione di un fenomeno del genere, di coglierne il significato alla luce delle coordinate di sviluppo tanto della giustizia costituzionale come fenomeno processuale quanto della più ampia configurazione del ruolo della Corte costituzionale e della sua posizione nel sistema. Per far questo, ritengo sia inevitabile che a venire in gioco sia con assoluta prevalenza il giudizio in via incidentale, posto che, pur non potendo escludere che negli altri giudizi la flessibilità delle regole processuali venga indirizzata al perseguimento di finalità equitative o di giustizia¹⁴, è solo nel giudizio incidentale che le prassi ripetute in questo senso si prestano a soddisfare un minimo tentativo di sistematizzazione.

2. *Rendere giustizia costituzionale attraverso il processo: flessibilità delle regole e diritto costituzionale sostanziale*

Se negli ultimi anni, dopo decenni di sforzi rivolti a sistematizzare i contorni della fase giurisprudenziale incentrata sui capisaldi della "concretezza" del giudizio in via incidentale, si è tornati a parlare con accenti problematici dei presupposti di metodo del processo costituzionale, spesso a condannarne lo stravolgimento e l'eccessiva creatività della Corte costituzionale, ciò è avvenuto perché quella cui assistiamo è con tutta probabilità una nuova stagione giurisprudenziale, indirizzata su binari diversi, se non opposti, rispetto al più recente passato.

Come avvenuto altre volte in passato, infatti, il complessivo riassetto dei presupposti del sindacato di costituzionalità (al di là della

¹⁴ Si potrebbe pensare, ad esempio, alla dilatazione avutasi di recente del criterio della "ridondanza" nel giudizio in via principale, che consentirebbe alla Corte di conoscere vizi sostanziali delle leggi statali solo indirettamente legati a profili competenziali: su ciò v. D. TEGA, *Giudizi su conflitti che riguardano diritti. I parametri sostanziali nel giudizio in via principale*, in *Quad. cost.* 2019, 131 ss. Ancora prima che per il carattere ancora incerto e frammentario di tali sviluppi, infatti, a rilevare nel senso dell'inapplicabilità di un criterio di giustizia in casi del genere (ma il discorso potrebbe estendersi anche al campo dei conflitti di attribuzione) è la circostanza che essi si esauriscono tutti nel solo circuito istituzionale, senza coinvolgere se non in modo indiretto e occasionale posizioni soggettive.

valutazione che se ne voglia dare) passa attraverso una ridefinizione dei significati acquisiti delle regole che governano lo svolgimento del giudizio, così da metterne nuovamente in luce, dopo una lunga fase di relativo assestamento, la natura intrinsecamente flessibile.

Si tratta tuttavia di una flessibilità che, più che essere unicamente affrontata e inquadrata alla luce delle coordinate processuali scritte e dei significati consolidati in giurisprudenza, risulta in stretta connessione, come si è già detto, con le esigenze di affermazione del diritto costituzionale sostanziale alla luce di una nuova stagione di impegno e di attivismo della Corte costituzionale. Quella cui si è assistito negli ultimi anni, infatti – da partite complesse come il sindacato sulle leggi elettorali al governo degli effetti temporali, dal mutare dei presupposti di impiego delle sentenze manipolative alle ricalibrature del rapporto tra giudici e Corte in merito all'interpretazione conforme, sino ad arrivare alla vicenda “Cappato” –, pare essere sempre di più una fase in cui l'elasticità o la forzatura degli strumenti processuali sono variamente rivolti a consentire alla Corte stessa di superare le strettoie (talvolta erette da essa stessa nel corso degli anni) che le impediscono di arrivare a decidere nel merito e, in caso, di rimuovere il vizio di costituzionalità nella misura e con l'incidenza ritenuta più adeguata rispetto alle caratteristiche e al rilievo del problema sostanziale posto alla sua attenzione.

In questo senso, si può dire che si tratta di un movimento uguale e contrario a quello che animò la giustizia costituzionale verso la metà degli anni '80, quando l'insistenza sulla concretezza costituì il correlato di una stagione che portò a far coincidere il diritto processuale costituzionale con l'analisi delle decisioni costituzionali di natura processuale, cioè di decisioni che non entrano nel merito della questione¹⁵. Laddove allora, quindi, la spinta verso la concretezza maturava in un periodo di ricercato *self restraint* dell'agire della Corte e anzi, secondo alcuni, con essa propriamente si identificava¹⁶, perseguendo l'obiettivo di una nuova stagione di cooperazione con i giudici, oggi il nascente “nuovo diritto processuale” sembra porsi in una direttrice opposta, nel senso che la flessibilità serve prevalentemente a finalità sostanziali, come è dimostrato

¹⁵ M. D'AMICO, *Giustizia e processo costituzionale*, in *Jus* 1994, 55.

¹⁶ Così M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio incidentale*, Padova 1984, 215, dove si aggiunge: “[i]ndubbiamente i nuovi principi processuali, che sono ben più restrittivi e formalistici di quelli del passato, sono serviti ad attenuare in qualche modo il trauma del trapasso da una fase di maggiore impegno ad una di più consistente autolimitazione della Corte” (216).

dalla rimozione di ostacoli al raggiungimento di un esito nel merito, dietro cui è sempre più difficile non vedere un'esigenza di autoaffermazione della Corte costituzionale, sia rispetto ai giudici che rispetto all'autorità politica, in termini di riaccentramento della sua funzione e di progressiva obbiettivazione dei suoi criteri di giudizio¹⁷.

Tutto questo non può dirsi indifferente rispetto al problema che si viene trattando in questa sede. In questa complessiva rideterminazione dello scopo e delle funzioni del giudizio di costituzionalità, infatti, non pare infrequente che la Corte si appelli a stilemi argomentativi e a criteri giustificativi che, pur collegati a principi e diritti costituzionalmente avvalorati, eccedono dai significati di essi per accedere ad una più ampia sfera ricomprendente istanze di giustizia o latamente equitative. Uno degli esempi che si possono invocare, forse il più evidente, su cui tornerò *infra*, è costituito dall'esigenza di scongiurare una piena retroattività della sentenza di accoglimento della questione concernente la *Robin Tax* (sent. n. 10 del 2015) poiché essa avrebbe determinato una redistribuzione di ricchezza a favore delle fasce sociali più deboli, e questo anche al di là (o prima) del rispetto del principio di equilibrio di bilancio di cui all'art. 81 Cost. Ma un discorso non dissimile si potrebbe fare per un altro tema recentemente oggetto di acceso dibattito, vale a dire la giustificazione dell'ammissibilità della *quaestio* concernente le leggi elettorali politiche sulla base della necessità di evitare il consolidamento di una zona franca sottratta al sindacato di costituzionalità (sentt. n. 1 del 2014 e 35 del 2017). A far ritenere che in questo caso l'appello all'argomento della zona franca non discenda unicamente da una lettura della Costituzione *magis ut valeat* ma incorpori al suo interno il richiamo a un parametro non scritto di giustizia sta il fatto che, come si ricorderà, il richiamo ad essa è particolarmente avvalorato dal collegamento con un "ambito [quello elettorale] strettamente connesso con l'assetto democratico", così che l'ammissibilità sussiste "anche in linea con l'esigenza che non siano sottratte al sindacato di costituzionalità le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo"¹⁸.

¹⁷ Oltre che all'accurato bilancio che dell'ultima stagione giurisprudenziale si fa in R. ROMBOLI, *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., *passim*, mi permetto di rinviare sul punto a *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Continuità e trasformazioni nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017, 307 ss.

¹⁸ Così sent. n. 1 del 2014, p. 2 *cons. in dir., in fine*.

Considerazioni mirate, anche tramite giudizi prossimi a considerazioni di *policy*¹⁹, a far valere tanto la giustizia *nel* sistema che la giustizia *del* sistema non sono peraltro infrequenti nella giurisprudenza più recente. Del resto, non può stupire che, a differenza di settori materiali dell'ordinamento dove gli interessi pubblici e quelli individuali si fronteggiano quasi istituzionalmente contrapponendosi, nel diritto costituzionale e nel giudizio di costituzionalità l'imperativo di giustizia può rivolgersi tanto alla tutela del caso individuale (come giustizia del caso singolo, *Einzelfallgerechtigkeit*), quanto alla salvaguardia di istanze oggettive espresse in principi/valori costituzionali²⁰.

Questi casi sono stati ora sommariamente evocati, più che per trarre da essi delle premature conclusioni, per sottolineare in quali termini verrà intesa nel prosieguo l'appello alla giustizia come specifica "prestazione" resa, nel prisma della giurisprudenza processuale, dalla Corte costituzionale. Con essa si intende infatti l'appello ad argomenti e istanze collimanti ma non interamente coincidenti con principi costituzionali, ritenute tuttavia espressione di esigenze meritevoli di protezione perché implicate (sebbene non univocamente definite) dall'impianto costituzionale e in grado di determinare, il più delle volte, il superamento di un argine scritto alla possibilità che la Corte si pronunci con sentenza, entrando così nel merito della questione per giungere poi, nella maggioranza dei casi, a un esito di accoglimento²¹.

Altro elemento strutturale pare poi essere, in prospettiva più generale, la finalità propriamente *correttiva* del richiamo a un argomento di giustizia²², in quanto volta ad attenuare la rigidità delle regole processuali

¹⁹ Così rispetto alle sentt. n. 1 del 2014 e 35 del 2017, R. BIN, "Zone franche" e legittimazione della Corte, in *Forum di Quad. cost.* (5 maggio 2014), 3.

²⁰ O. BACHOF, *Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik* (1966), in P. HÄBERLE (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, 287. La riflessione sui criteri di giustizia tradizionalmente include in essi anche istanze di natura oggettiva come quelle evocate nel testo: v. E. DI ROBILANT, *Sui principi di giustizia*, Milano 1961, 100 ss. (che richiama "ordine" e "bene comune"), M. KRIELE, *Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus*, Berlin 1963, 65 ss. (che rimanda all'imperativo kantiano di universalizzabilità).

²¹ Elemento strutturale comune alle fattispecie in esame è quindi dato innanzi tutto dalla circostanza che l'appello alla giustizia si muove costantemente intorno alla dialettica tra diritto stretto ed equità poiché quest'ultima, ove tale dialettica manchi, "interessa l'utopia, e non l'esperienza giuridica": così A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15*, in P. RESCIGNO (a cura di), *Trattato di diritto privato*, vol. I, Torino 1999, 442.

²² Nel senso di un'attenuazione della rigidità del diritto stretto (*ius strictum*, *Streng-*

e finalizzato a indurre un processo di riallineamento tra normalità e normatività costituzionale²³.

3. *Accesso al giudizio di costituzionalità tra regola ed eccezione. Quale giustizia per la fictio litis?*

Tradizionalmente, l'accesso al giudizio di costituzionalità in via incidentale costituisce uno degli ambiti nei quali più evidenti sono stati negli anni gli assestamenti e le trasformazioni rispetto ai requisiti originariamente acquisiti. Dalla nozione di giudice *a quo* ai confini sul sindacato intorno alla rilevanza, dal rapporto di pregiudizialità al rapporto tra interpretazione adeguatrice e valutazione di non manifesta infondatezza del giudice, non è azzardato ritenere che le scarse regole processuali abbiano acquisito un significato via via plasmato dalla giurisprudenza processuale della Corte, che in esse ha trovato un argine in fondo esiguo al mutare dei propri orientamenti. Si tratta tuttavia di sviluppi molto noti e sui quali non è il caso di tornare.

Il punto che merita ora di essere sottolineato è che non in ogni valorizzazione della flessibilità delle regole processuali può essere rintracciato il richiamo ad un argomento di giustizia o equitativo. Il più delle volte si tratta infatti di una lettura evolutiva che matura tutta internamente alle variabili normative e istituzionali che delimitano la sfera d'azione della Corte costituzionale e del suo giudizio, così che l'ingresso di nuovi significati assolve a finalità tutte interne di consolidamento dell'equilibrio tra evoluzione del sistema normativo e giudizio di costituzionalità.

recht) alla luce delle variabili del caso, valutato sia alla luce delle sue caratteristiche concrete che delle sue ricadute più generali: sulle trasformazioni di tale funzione (di *Härtemilderung*) anche nel diritto privato e sull'insufficienza degli schemi che ne inquadrano la funzione unicamente alla luce del perseguimento della giustizia del caso concreto v. J. ESSER, *Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht* (1963), in Id., *Wege der Rechtsgewinnung. Ausgewählte Aufsätze*, (hrsg. von P. HÄBERLE und H. G. LESER), Tübingen 1990, 141 ss.

²³ Intendo qui il rapporto tra i due termini nel senso fatto proprio da H. Heller, allorché questi sottolinea come "la costituzione regolata da norme si fonda su di una normalità del comportamento definita da norme, giuridiche o extragiuridiche, del costume, dell'etica, della religione, dell'armonia della moda, ecc. ... Soltanto una normalità di cui si crede che costituisca una regola empirica della concreta stabilità, una condizione d'esistenza di tutta l'umanità o anche solo di un gruppo di individui determinati, solo una normalità di questo tipo viene valutata con criteri positivi e diventa normatività" (Id., *Dottrina dello stato*, trad. it. di U. Pomarici, Napoli, 1988, 388).

Questo mi sembra si possa dire, per fare due esempi che rimandano a situazioni molto note, per l'accesso "ai limitati fini" di giudici *a quibus* che svolgono funzioni lontane dal figurino del giudizio contenzioso (dalla volontaria giurisdizione fino al vasto fronte dei giudizi di rendiconto e di parificazione affidati alla Corte dei conti), come anche per il fronte sul quale si è affermata storicamente l'esigenza di rimozione delle "zone franche" del giudizio di costituzionalità, vale a dire il sindacato sulle norme penali di favore. Nell'uno come nell'altro caso, infatti, l'estensione dei requisiti di accesso si svolge, per così dire, per "linee interne" ai requisiti caratterizzanti il giudizio incidentale. Ciò è avvenuto, dal primo tentativo di sistematizzazione dell'ingresso del giudizio di parificazione con la sent. n. 226 del 1976 fino agli ultimi svolgimenti relativi al controllo sui bilanci e sugli equilibri finanziari degli enti locali (sent. n. 18 del 2019), allorché la Corte ha ripetutamente insistito sul fatto che rispetto a considerazioni di natura sostanziale o sistematica fanno pur sempre premio valutazioni legate al tipo di giudizio, alla natura giurisdizionale dell'organo e all'attività di applicazione di norme di diritto²⁴. Ma anche con riferimento al terreno per lungo tempo elettivo delle "zone franche", vale a dire il sindacato sulle norme penali di favore, si ricorderà come nella sentenza capostipite sull'argomento (n. 148 del 1983) il superamento della giurisprudenza più restrittiva in ordine alla sussistenza del requisito della rilevanza sia avvenuto grazie ad una combinazione tra la necessità di salvaguardare, in termini astratti, il principio di costituzionalità e l'attenzione prestata all'influenza, reale o potenziale, che la caducazione della norma in parola poteva avere "sul conseguente esercizio della funzione giurisdizionale" ad opera del giudice, perché l'accoglimento della questione era pur sempre idoneo a riflettersi "sullo schema argomentativo della sen-

²⁴ Il che porta a ritenere, ora come allora, che il riconoscimento della legittimazione alla Corte dei conti "si giustifica *anche* con l'esigenza di ammettere al sindacato costituzionale leggi che, come nella fattispecie in esame, più difficilmente verrebbero per altra via, ad essa sottoposte" (sent. n. 18 del 2019, con riferimento alla sent. n. 226 del 1976, ma v. anche sentt. nn. 89 del 2017 e 181 del 2015, dove malgrado la crescente finalizzazione dei giudizi contabili tanto preventivi quanto di parificazione alla salvaguardia degli equilibri economici complessivi, soprattutto alla luce del D.L. n. 174 del 2012, e il progressivo scoloramento della natura puramente tecnico-giuridica del controllo, resta ferma l'idea – ai fini di cui si discute – che l'attività di oggettiva "applicazione di parametri normativi" sia la prima ragione giustificatrice della legittimazione della giustizia contabile a rivolgersi in tali frangenti alla Corte costituzionale). Sul problema v. tra gli altri G. RIVOSECCHI, *Controlli della Corte dei conti e incidente di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.* 2017, 357 e F.S. MARINI, *La disomogeneità e la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità: una giurisprudenza in espansione*, in *Federalismi* 13/2019, 1 ss.

tenza penale assolutoria, modificandone la *ratio decidendi* [...], pur fermi restando gli effetti pratici di essa”. Nella giurisprudenza più recente, pur non senza oscillazioni, un tale esito è ulteriormente confermato dalla circostanza che l’eventuale ostacolo all’ingresso delle relative *quaestiones* nel proprio giudizio derivante dagli effetti sistemici di una declaratoria di incostituzionalità di una norma penale favorevole (cioè la riespansione della normativa comune) è aggirato in ragione della spettanza di tale compito ai giudici comuni (a partire dal giudice *a quo*) e al legislatore, non invece alla Corte costituzionale medesima²⁵.

In entrambi i casi, quindi, considerazioni di natura sostanziale (essenzialmente legate al canone dell’integrale assoggettamento del diritto legislativo al sindacato della Corte) risultano tendenzialmente recessive rispetto ai caratteri formali delle norme oggetto e dei parametri coinvolti, nonché alle specificità istituzionali connesse al ruolo del giudice *a quo*, in linea di continuità espansiva con i requisiti fondativi dell’incidentalità²⁶.

È inevitabile, a questo punto, valutare se gli stessi caratteri ora menzionati possono ritrovarsi nel recente filone di giurisprudenza relativa al sindacato sulle leggi elettorali politiche; se in esso, in altre parole, sia possibile riscontrare la stessa prevalenza di argomenti formali/istituzionali (nel senso anzidetto) su argomenti di natura sostanziale in vario modo riconducibili a istanze equitative o di giustizia.

Vista la mole debordante di commenti e di analisi ricevute dalle sentt. n. 1 del 2014 e 35 del 2017 è sicuramente superfluo soffermarsi sulla ricostruzione della vicenda, sui suoi antefatti e sulle sue implicazioni di sistema.

Quello che merita ora di rilevare è la giustificazione teorica fornita dalla Corte costituzionale all’ammissibilità della *quaestio*, tenuto conto tanto delle variabili a disposizione quanto della loro diversa incidenza su ricostruzioni non coincidenti, quando non opposte e speculari, dell’incidentalità e del suo corollario costituito dalla natura pregiudiziale del rapporto tra giudizio *a quo* e giudizio *ad quem*. Un punto mi pare necessario sottolineare prima degli altri: l’anomalia di questa situazione e di tutte le

²⁵ Sentt. nn. 233 del 2015, 5, 32 e 46 del 2014, 28 del 2010. Sul punto v. ora G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna 2018, 117.

²⁶ Del resto, coglie nel segno chi rileva che l’esigenza di evitare una zona franca o una zona d’ombra raramente nella giurisprudenza costituzionale “viene fatta discendere – almeno *expressis verbis* – dalla necessità di garantire il principio di costituzionalità”: G. D’AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli 2018, 134.

altre nelle quali anche nel lontano passato la Corte si è cimentata con il problema del sindacato su leggi auto-applicative (ad es. le leggi provvedimento) nasce dal fatto che rispetto ad esse non può operare in funzione selettiva il filtro del giudizio di rilevanza. Tutto si può dire, infatti, di leggi ritenute immediatamente lesive di situazioni giuridiche soggettive, che quindi di per sé non abbisognano di provvedimenti ulteriori, esecutivi o applicativi, per produrre effetti, fuorché che “il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità” (secondo quanto recita l’art. 23, co. 2, l. n. 87 del 1953). In casi del genere, in altre parole, il condizionamento del giudizio di costituzionalità sul giudizio di origine è massimo fino al punto da essere *in re ipsa*, sostanzialmente identificandosi con esso. È quindi non alla rilevanza che si deve guardare per valutare l’ammissibilità di situazioni del genere, ma alla pregiudizialità intesa come necessaria diversità di *petita* nei due giudizi: una previsione, quest’ultima, però non scritta, benché inerente alla logica di funzionamento del sistema e codificata da una giurisprudenza costituzionale consolidata per quanto non del tutto univoca²⁷.

Ora, rispetto a situazioni del genere, cioè di *lites fictae* in senso tecnico-giuridico, la soluzione del problema intorno alla loro ammissibilità chiama in causa variabili diverse, che mettono in luce alcune costitutive ambiguità degli strumenti e degli istituti che presiedono alla fase di instaurazione del giudizio di costituzionalità. Come mi è sembrato di poter dire in altra sede²⁸, infatti, l’ammissibilità di tali questioni può essere giustificata rimandando ad impostazioni anche opposte del meccanismo instaurativo, come quelle (effettivamente sostenute in passato) che in alternativa valorizzano la concretezza della domanda di tutela in quanto assistita da un interesse al ricorso effettivamente sussistente nel giudizio *a quo* (unitamente agli altri presupposti processuali: legittimazione, giurisdizione, competenza, ecc.)²⁹ ovvero fanno leva sull’esigenza massimamente obiettiva di garantire l’integrale sottoposizione del diritto le-

²⁷ Il punto è condiviso da R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale* (2014-2016), Torino 2017, 101.

²⁸ Ne *Il divieto di fictio litis come corollario della natura incidentale del giudizio di costituzionalità. Spunti a partire dalla recente ordinanza della Corte di cassazione in materia di legge elettorale*, in *Giur. cost.* 2013, 2472.

²⁹ Così A. CERRI, da ultimo in *Giustizia costituzionale*, Napoli 2019, 116, ma la tesi originaria può essere fatta risalire almeno ad A. M. SANDULLI, *Il giudizio sulle leggi*, Milano 1967, 15. Una attenta ed equilibrata ricostruzione del problema è ora in G. D’AMICO, *Azione di accertamento*, cit.

gislativo al sindacato della Corte, fino a costruire un “diritto soggettivo pubblico all’integrità costituzionale dell’ordinamento”³⁰. Si potrebbe forse dire come, in controtuce, si riescano a prefigurare confusamente due diverse istanze di giustizia dietro alle tesi di chi propugna l’ammissibilità delle *lites fictae* come eccezione rispetto alla regola della pregiudizialità: la prima, che valorizza la sussistenza del diritto individuale come metro di un’azione di accertamento, presuppone con tutta evidenza una finalizzazione dell’apertura delle vie di accesso al perseguimento della giustizia individuale, laddove la seconda commisura la prestazione di giustizia al raggiungimento di un fine istituzionale della giustizia costituzionale, vale a dire l’integrale sottoposizione del diritto di rango legislativo al giudizio della Corte³¹.

È forse una circostanza non casuale, ma lascia intravedere una cifra costitutiva della complessiva natura dell’incidentalità, il fatto che ad uno stesso esito (l’ammissibilità della *lis ficta* nel giudizio di costituzionalità) si possa pervenire da strade diverse se non opposte, quali quelle che percorrono gli stretti meandri della massima concretezza e quelle che si muovono lungo le ariose coordinate della obiettività e astrattezza.

Fino a che punto non ci sia contraddizione è dimostrato dalle prima ricordate sentt. nn. 1 del 2014 e 35 del 2017. Prescindendo ora dall’esame dettagliato delle stesse, quello che si può dire è che in esse si registra, in punto di giustificazione dell’ammissibilità delle questioni, l’intero ventaglio delle soluzioni disponibili. La sent. n. 1 del 2014, pur nella sua maggiore stringatezza, è assai eloquente nel prendere le mosse dal positivo riscontro in ordine alla sussistenza dei caratteri per la valida instaurazione del giudizio *a quo*, passando poi a rilevare come i *petita* dei due giudizi non siano coincidenti “in quanto [al giudice rimettente] residuerebbe la verifica delle altre condizioni cui la legge fa dipendere il

³⁰ A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli 1990, 168. Ma sul fatto che l’istituto della rilevanza (e con esso il complessivo meccanismo dell’incidentalità) dovesse essere orientato al “principio della piena sindacabilità, almeno teorica, da parte della Corte di tutto il corpo legislativo”, ovviamente, G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.* 1969, 1005.

³¹ In entrambi i casi tuttavia, a differenza di quanto avveniva nelle situazioni precedenti, l’ampliamento dei canali di accesso non può che far leva su un’eccezione alla regola, operando in casi del genere la pregiudizialità costituzionale come ostacolo all’ingresso di questioni che si esauriscono per definizione unicamente nell’accoglimento del dubbio di costituzionalità e, soprattutto, che escludono un pronunciamento ulteriore del giudice rispetto alla presa d’atto dell’avvenuta caducazione disposta dalla Corte costituzionale.

riconoscimento del diritto di voto”, per poi concludere con considerazioni apparentemente solo *ad adiuvandum* (“Per di più ...”) che mettono in luce il rilievo e la peculiarità tanto del diritto coinvolto che della legge indubbiata, il cui mancato assoggettamento a controllo determinerebbe una “zona franca nel sistema di giustizia costituzionale proprio in un ambito strettamente connesso con l’assetto democratico, in quanto incide sul diritto fondamentale di voto; per ciò stesso, si determinerebbe un vulnus intollerabile per l’ordinamento costituzionale complessivamente considerato” (p. 2 *cons. in dir.*). L’impianto è sostanzialmente ripreso e ulteriormente approfondito nella successiva sent. n. 35 del 2017.

Rispetto a tutto ciò, viene innanzi tutto da chiedersi come la Corte abbia inquadrato la situazione eccezionale che le veniva posta, la quale indubbiamente, proprio perché anomala rispetto alla configurazione acquisita di una questione realmente “incidentale”, portava al proprio interno una rivendicazione “di giustizia”, anche (e soprattutto) legata al protrarsi – soprattutto nel caso deciso dalla sentenza del 2014 – di una sempre meno giustificabile inerzia legislativa e alla apparentemente insormontabile difficoltà di contrastarla con gli strumenti giurisdizionali esistenti. La Corte prende in carico una situazione del genere sfoderando come visto tutti gli argomenti a propria disposizione, anche quelli più evidentemente contraddittori gli uni con gli altri³². Ma è altrettanto chiaro come, nel complesso della motivazione impiegata, a stagliarsi come vera e propria ragione giustificativa della possibilità della questione di accedere al merito è proprio l’appello alla teorica delle zone franche³³, per di più fatta valere non come tale, ma piuttosto nel suo collegamento con una precisa finalità istituzionale consistente nel non lasciare scoperta dal sindacato non una qualsiasi area dell’ordinamento, ma quella collegata con primari interessi istituzionali assolti dalla legge elettorale politica³⁴.

³² È infatti chiaro che se i *petita* fossero stati effettivamente diversi (il che, però, è da dubitare) e quindi la pregiudizialità del rapporto salvaguardata, non si vede perché la Corte dovesse fare riferimento a criteri di per sé idonei a giustificare in via eccezionale l’ammissibilità della *quaestio* (l’interesse al ricorso e l’eliminazione della zona franca), così implicitamente sconfessando l’idea che i *petita* dei due giudizi fossero diversi.

³³ Come dimostrato dal fatto che nella sent. n. 35 del 2017 l’appello ad essa, che poteva ancora mantenere l’aspetto di un *obiter dictum* nella sentenza del 2014, assurge chiaramente ad autonoma *ratio decidendi* in virtù della esplicita equiparazione tra tutte le diverse ragioni di ammissibilità: così R. ROMBOLI, *L’incostituzionalità dell’«Italicum»: la Consulta conferma il superamento della zona franca delle leggi elettorali, ma anche la creazione di una nuova per le leggi costituzionalmente necessarie*, in Foro it. 2017, I, c. 783.

³⁴ Sul punto, con accenti critici, v. R. BIN, “Zone franche” e legittimazione della Corte,

Quale conseguenze ricavare da questa vicenda giurisprudenziale ai nostri fini?

L'impressione è che la vicenda ora sommariamente riassunta presenti tratti specifici che la differenziano dalle altre vicende riguardanti l'allargamento dei requisiti di accesso, perché l'intreccio tra *fictio litis*, leggi autoapplicative e azioni di accertamento della violazione dei diritti fondamentali genera una configurazione che dal punto di vista del processo costituzionale si colloca sul confine estremo dei significati legittimamente ammissibili, se non apertamente al di là di essi. Si deve probabilmente ritenere che, in un caso del genere, a venire in gioco sia la questione intorno alla compatibilità di una situazione eccezionale (ancora più eccezionale di quelle tradizionalmente ammesse "ai limitati fini") con regole il cui rispetto richiedeva forse alla Corte costituzionale di costruire (questa volta sì) una finzione giuridica, di ritenere cioè ammissibile la questione *come se* quelle regole fossero state interamente rispettate, laddove in realtà è indubbio che l'elemento della diversità di *petita* era insussistente³⁵, e quindi la nozione acquisita di pregiudizialità superata³⁶. Il punto, con tutta evidenza, non è oggi capire come questo sarebbe potuto avvenire. È invece decisivo prendere atto che l'istanza di giustizia che si agita dietro la richiesta di dare ingresso nel giudizio di costituzionalità al sindacato sulle leggi elettorali progressivamente trascolora, nel filtro degli strumenti processuali, da un'esigenza che come tale promana dal corpo sociale (i "cittadini elettori ricorrenti" e la salvaguardia del diritto di voto) che si fa portatore di una funzione sostitutiva della mancata attivazione dei

cit., G. SERGES, *Spunti di giustizia costituzionale a margine della declaratoria di illegittimità della legge elettorale*, in *Rivista AIC* 1/2014, 6.

³⁵ S. STAIANO, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, in *Rivista AIC* 2/2014, 2. Sul ruolo e sulle potenzialità dell'uso delle finzioni in questa vicenda v. E. OLIVITO, *Fictio litis e sindacato di costituzionalità della legge elettorale. Può una finzione processuale aprire un varco nelle zone d'ombra della giustizia costituzionale?*, in *Costituzionalismo.it* 2/2013, 1 ss.

³⁶ Il che, tuttavia, non equivale a ritenere che il criterio dovesse essere abbandonato così da aprire la strada a un ricorso diretto "mascherato", come giustamente paventato dalla dottrina prevalente (sul problema v. ora S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Napoli 2018, 126 ss.). Valorizzare l'eccezionalità di leggi come quella elettorale, che per loro natura non contemplano provvedimenti di attuazione autonomamente impugnabili di fronte al giudice, all'interno della logica delle azioni di accertamento avrebbe probabilmente contribuito a delimitare il ricorso a uno strumento eccezionale del genere, ma senza collegarne la *ratio*, come si vedrà, a finalità unicamente politico-istituzionali.

soggetti pubblici³⁷ a una esigenza propria del sistema istituzionale il quale, per dirla in termini semplici, ha necessità che una legge elettorale vi sia, che sia ispirata a canoni di funzionalità e di non contraddittorietà e, soprattutto, che possa esservi un'autorità che si pronunci nel caso in cui il circuito politico-rappresentativo stesso si riveli a tal punto "inefficiente" da avvilupparsi in uno stallo istituzionale senza apparenti vie d'uscita³⁸. In questa chiave, l'istanza di giustizia si traduce nella necessità che si forzino le maglie processuali, costruendo un'eccezione ad esse, perché venga garantita la capacità del sistema di dotarsi di uno strumento – come tradizionalmente avveniva per le *fictiones iuris* in diritto romano – capace di garantire l'adeguamento del sistema di regole codificate a una finalità non prevista, nuova, inedita³⁹. Qui, però, la finalità non prevista non è l'azione di accertamento di diritti fondamentali e neanche, in fondo, la circostanza strutturale della diversità di *petita* (basterebbe richiamare, per averne consapevolezza, la giurisprudenza degli anni '50 sulle leggi provvedimento), ma la necessità di rimediare all'incapacità del legislatore di farsi carico di riformare la legge elettorale intesa come il cuore

³⁷ Peraltro, si potrebbe aggiungere, secondo l'originaria configurazione dell'*actio popularis* intesa dogmaticamente nei termini della sostituzione processuale: "Fondamento ideologico dell'istituto", scrisse Crisafulli nel 1937, "è, infatti, il concetto dell'interesse che tutti i cittadini debbono portare al buon funzionamento delle pubbliche Amministrazioni, indipendentemente da ogni movente o preoccupazione di utilità personale diretta ed immediata" (ID., *Azione popolare*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. II, Torino, 1937, 140).

³⁸ Vengono alla mente, a testimonianza del mutamento intervenuto rispetto al passato, le parole di L. ELIA (*Manifesta irrilevanza della quaestio o carenza di legittimazione del giudice quo?*, in *Giur. cost.* 1968, 2357) allorché, soffermandosi su una delle prime forme di manifestazione del problema delle zone franche (il potere della Corte dei conti di sollevare questioni di legittimità costituzionale in sede di giudizio di parificazione del bilancio dello Stato) osservò: "forse è irresistibile la tendenza a dividere le norme della Costituzione in due settori: uno, il più largo, che tocca le situazioni soggettive, è il solo che giustifichi l'intervento della Corte in via incidentale; per le norme che riguardano i rapporti tra pubblici poteri soccorreranno i giudizi sui conflitti e quelli per impugnazione diretta. ... Se poi una norma come l'art. 81, comma 3 o 4, tende a porsi nel mezzo o meglio al di fuori di queste due categorie, non già di vera *scopertura* si tratta, ma di situazione corrispondente ai principi; si vede, potrebbe concludersi, che, secondo sistema, l'osservanza di quelle norme *va rimessa prevalentemente ad intese tra poteri circa il modo di osservarle*" (cors. agg.).

³⁹ Sul rapporto tra *fictiones iuris* e *aequitas* nella prospettiva evolutiva richiamata nel testo v. G. Crifò, *Lezioni di storia del diritto romano*, Bologna, 2010, 387 ss. Pagine significative sulla natura conservatrice della *factio* in diritto romano, intesa come "*art de la cautèle ..., où l'on préférerait aux métamorphoses flagrantes les détours et les équivoques du "comme si", et où le mode de l'irréel apparaîtrait comme le plus propre à concilier innovation et préservation*" in Y. THOMAS, *La fiction*, in ID., *Les opérations du droit*, Paris 2011, 135.

pulsante e insostituibile del diritto politico. Nell'oscillazione, pertanto, tra istanze soggettive (interesse ad agire-diritto di voto) e istanze oggettive (eliminazione della zona franca-esigenza del sistema istituzionale) gli strumenti processuali hanno veicolato una domanda di giustizia che è di per sé, in questo caso, astrattamente compatibile con entrambe, finendo però nella sostanza per risolvere la domanda di giustizia individuale in un circuito più ampio, così diluendone la portata e rendendola, in fondo, funzionale al perseguimento dell'obiettivo giustizia del sistema e del suo funzionamento. Al fondo, potrebbe ricavarsi una prima conclusione nel senso che, traggiate dal prisma del giudizio di costituzionalità, le istanze di giustizia (individuale o di gruppi sociali) si vedono continuamente esposte alla necessità di innestarsi su un piano più generale e di trovare così corrispondenza in un'istanza di giustizia più generale idonea, in ragione dell'esito con effetti generali del giudizio di costituzionalità, a oggettivarsi in fini generali, pur con ciò esponendosi al rischio (come in questo caso) di venire "catturate" nelle logiche strutturanti del sistema politico-istituzionale.

La conferma di ciò può trarsi dalla giurisprudenza successiva, nella quale il requisito della zona franca finisce per assumere in taluni casi le sembianze di vera e propria scriminante per poter accedere, in assenza dei requisiti ordinari, al giudizio di costituzionalità, essendo ormai divenuti recessivi gli altri criteri, ed in particolare l'esigenza di accertamento di diritti individuali. È questo che si può ricavare, ad esempio, sulla giurisprudenza relativa al contenzioso elettorale per il Parlamento europeo, che già dalla sent. n. 110 del 2015 (e poi nelle ordd. n. 165 del 2016 e 63 del 2018, nonché, *a contrario*, nella sent. n. 239 del 2018) ha fatto valere la strutturale diversità di situazioni rispetto al contenzioso elettorale politico, facendone però derivare la dubbia conseguenza per cui, pur a parità di diritti fatti valere e in presenza di un'analogia violazione determinata dalla legge elettorale, la presenza di un apposito rimedio giurisdizionale (che c'è rispetto alle elezioni europee ma non in quelle politiche) determina in questo caso l'impossibilità di far valere con azione di accertamento preventivo l'illegittimità costituzionale⁴⁰. A tal punto questa scissione

⁴⁰ Sul punto v., tra gli altri, R. BIN, *Chi è responsabile delle "zone franche"?*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit., 151 nonché F. SORRENTINO, *La Corte e i suoi precedenti: overruling o continuità?*, in *Giur. cost.* 2015, 888, dove criticamente si osserva: "In altre parole: se l'azione di accertamento del diritto elettorale (in ipotesi) violato o in pericolo di esserlo è ammissibile, essa lo sarà tanto nel caso delle leggi elettorali per la Camera o il Senato quanto in quello delle leggi elettorali di altro

della teorica della zona franca dalla situazione soggettiva fatta valere e, così, la sua torsione “oggettiva” si sono andate consolidando, che nella sent. n. 196 del 2018, concernente la questione di costituzionalità di una legge di bilancio regionale sollevata dalla locale sezione della Corte dei conti in sede di parificazione del rendiconto generale, si osserva che l’esigenza di fugare zone d’ombra è divenuta oggi “tratto costitutivo del sistema di giustizia costituzionale” e quindi tale da “riflettersi sui criteri di valutazione dei requisiti di ammissibilità delle questioni”. La conseguenza imprevista, se ben si intende la portata di questa sentenza, è l’allargamento della portata operativa della zona franca a settori come quello dell’accesso al giudizio di costituzionalità “ai limitati fini” che ad esso avevano sinora fatto sì richiamo, ma in modo del tutto secondario rispetto alla continuità con le categorie del giudizio incidentale⁴¹.

tipo”. Della zona franca come “ulteriore condizione dell’azione civile di accertamento preventivo” scrive C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il preenforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali “astratte” in Italia*, Torino 2018, 150.

⁴¹ Peraltro, si potrebbe ulteriormente rilevare come da questa sentenza (nonché, ma in misura meno evidente, da altre pronunce successive: nn. 18, 105, 138 e 146 del 2019) sembrano discendere effetti di sistema quanto alla contaminazione delle forme di accesso al giudizio di costituzionalità, con particolare riferimento al trasferimento della c.d. ridondanza, propria del giudizio in via principale, al giudizio in via incidentale. In particolare, la possibilità che la Corte dei conti, in sede di parificazione del bilancio di una Regione, possa invocare mediatamente il parametro di cui all’art. 81 Cost. per far valere quella che in realtà è una violazione del riparto delle competenze di cui all’art. 117 Cost. solleva un evidente problema quanto alla sussistenza del requisito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, il quale sembrerebbe operare una volta di più nei termini di un puro schema formale, per cui l’evidenza contabile della posta di bilancio rende il giudice contabile legittimato a sollevare questione per qualsiasi profilo di legittimità, consentendo così alla Corte un sindacato che sarebbe di per sé proprio del giudizio in via principale, ma quando questo non è per evidenti ragioni più esperibile (v. le analisi, per lo più critiche, di R. BIN, A. CARDONE, E. CAVASINO e P. GIANGASPERO nel n. 1/2019 di *Le Regioni*). Peraltro, l’impressione è che la progressiva attrazione della rilevanza nello schema della ridondanza sia, più che da stigmatizzare in sé, da considerare viepiù criticamente alla luce della sua stretta derivazione funzionale dallo schema teorico più ampio delle zone franche. Se alla rilevanza, in altre parole si possono attribuire significati e modi di operare che la rendono del tutto inutile nel suo operare come filtro delle qq.l.c., riducendola come si è detto a un mero schema formale, è perché tale esito appare necessitato una volta ammessa l’idea che il sindacato della Corte costituzionale debba recuperare spazi di operatività laddove (come in questo caso) i presupposti per l’attivazione del sindacato della Corte non ci sono o, almeno, sarebbero ristretti entro confini assai ristretti.

4. *L'espansione delle sentenze manipolative, le valutazioni "individualizzanti" e il limite relativo costituito dalla discrezionalità del legislatore*

Un altro dei fronti, nella giurisprudenza più recente, in cui si assiste a un rivolgimento di alcuni canoni di giudizio acquisiti per ragioni asseveratamente legate alla necessità di apprestare un'adeguata giustizia costituzionale è rappresentato dalle sentenze in cui viene impostato su nuove basi lo spazio di intervento della Corte nel rapporto con il limite della discrezionalità legislativa, con particolare riferimento alle sentenze manipolative e, più specificamente, a quelle additive e sostitutive.

Si tratta di un orientamento molto recente che, non casualmente, ha investito quasi esclusivamente la materia penale, spingendo la Corte costituzionale a teorizzare un vincolo assai più flessibile che in passato alla dottrina delle rime obbligate, soprattutto in quelle circostanze nelle quali sulla medesima materia la Corte stessa aveva lanciato in precedenza moniti (affidati per lo più a pronunce di inammissibilità, talvolta per "incostituzionalità accertata ma non dichiarata") rimasti tuttavia inascoltati dal legislatore.

Una prima avvisaglia di questo nuovo orientamento si registra nella già citata sent. n. 236 del 2016, concernente la conformità agli artt. 3 e 27 della misura minima della pena (cinque anni) comminata per il reato di alterazione di stato civile di un neonato realizzata mediante false attestazioni (art. 526, co. 2, cod. pen.). La Corte in questo caso sanziona l'irragionevolezza intrinseca del minimo edittale troppo elevato, che non consentirebbe al giudice di prendere adeguatamente in considerazione (anche per il tramite di attenuanti) la situazione di chi mira in realtà a perseguire l'interesse del minore attraverso la fittizia creazione di uno *status filiationis*, non già al contrario di pregiudicarlo. Valorizzando alcuni precedenti (ord. n. 106 del 2007 e sent. n. 31 del 2012), la Corte prende atto dell'irragionevolezza della misura sanzionatoria, ricavando quest'ultima però solo in seconda battuta da un'analogia previsione di reato (la fattispecie di cui al primo comma dello stesso articolo, relativa alla stessa fattispecie ma compiuta mediante sostituzione del neonato, punita con un minimo di pena di tre anni), ma facendo autonomamente valere la natura intrinsecamente sproporzionata della sanzione: un intervento dichiaratamente richiesto alla Corte "a fini di giustizia, dai giudici *a quibus*, [che] è possibile, a determinate condizioni". L'esito demolitorio-sostitutivo (la sostituzione del minimo edittale di cinque anni con i tre anni) è quindi realizzato dalla Corte richiamandosi non ad una soluzione

costituzionalmente obbligata, bensì a un più lasco richiamo a “grandezze già rinvenibili nell’ordinamento” (sentt. nn. 148 del 2016 e 22 del 2007), che essa si premura comunque di circoscrivere perché riferite, in un caso del genere, a una disposizione contenuta nel medesimo articolo e rivolta a tutelare lo stesso bene giuridico⁴². Pare chiaro come, in questo caso, il contenuto “di giustizia” derivante dalla situazione dell’imputato nel giudizio *a quo* abbia una decisiva influenza nel senso di far emergere con maggiore chiarezza l’incostituzionalità della disciplina, trascinando con sé anche un’attenuazione del requisito delle rime obbligate, ora diluito (sebbene non per la prima volta) nel meno stringente affidamento a una continuità ordinamentale ricostruita dalla Corte stessa *a posteriori*, come momento cioè distinto dalle ragioni determinatrici dell’incostituzionalità.

Ad ispirarsi ad un approccio simile è poi la sent. n. 88 del 2019, che rimodula la sanzione accessoria della revoca della patente di guida, disposta dall’art. 222 del codice della strada per tutte le ipotesi in cui il soggetto sia ritenuto responsabile di omicidio stradale, limitandone l’operatività ai soli casi in cui venga riconosciuta l’aggravante della guida in stato d’ebbrezza e al contempo disponendo che, ove tale aggravante non sussista, ad applicarsi è la sospensione della stessa per un periodo variabile di tempo. Anche in questo caso, la manifesta irragionevolezza intrinseca della disciplina legislativa si salda, in virtù di un difetto di proporzionalità che si traduce in un automatismo legislativo che impedisce al giudice di compiere “una valutazione individualizzante” (p. 19 *cons. in dir.*), alla necessità di una ricostruzione del tessuto normativo, affidata (anche se in modo meno eclatante rispetto al caso precedente) a un aggiustamento interno al sottosistema normativo di riferimento.

Lì dove invece un esito del genere viene ulteriormente portato avanti e esplicitamente teorizzato nei termini di una nuova funzione suppletiva della Corte costituzionale è nel caso deciso dalla sent. n. 222 del 2018, concernente le pene accessorie per il reato di bancarotta fraudolenta. La questione torna alla Corte in termini pressoché identici ad altre questioni già in passato risolte nel senso dell’inammissibilità per l’assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate idonee a sostituirsi ad una normativa

⁴² F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.* 2/2017, 64, giustamente rileva come il fondamento dell’incostituzionalità sia maturato unicamente in ragione dell’accertamento della natura intrinsecamente irragionevolezza della commisurazione della pena, essendosi la Corte affidata al referente normativo costituito dal primo comma dell’art. 527 c.p. unicamente per reperire “un punto di riferimento per la sostituzione del quadro edittale dichiarato incostituzionale”.

che in misura sproporzionata inibisce lo svolgimento di un'attività di impresa al soggetto fallito (sent. n. 134 del 2012 e ord. n. 208 dello stesso anno). Proprio tali precedenti, rimasti senza alcun seguito legislativo, sono valorizzati dalla Corte per giustificare il “nuovo corso” inaugurato dalla sent. n. 236 del 2016, per cui “a consentire l'intervento di questa Corte di fronte a un riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio ... non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte «precisi punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» (sentenza n. 236 del 2016) – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate” – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia”. Ancora più specificamente, poche righe più avanti, si spiega come un esito del genere si giustifichi “in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l'intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di «rime obbligate» nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima” (p. 8.1. *cons. in dir.*).

Si può ritenere che questa sentenza codifichi un nuovo orientamento in tema di sentenze manipolative (additive e sostitutive) che rafforza il potere di intervento non rigidamente contenuto nella dottrina delle rime obbligate (secondo quanto essa aveva fatto già con la sent. n. 236 cit.), ulteriormente giustificando tale intervento sulla base dell'inerzia protratta del legislatore in presenza di un precedente monito (affidato il più delle volte a sentenze di incostituzionalità accertata ma non dichiarata), come esplicitamente avvenuto da ultimo con la sent. n. 88 del 2018 (resa in materia di giudizio per equa riparazione dopo la sent. n. 30 del 2014).

Da quel momento in poi, stando solo alle sentenze dell'anno in corso (2019), si può parlare di uno schema che si ripete. Nella sent. n. 40 del 2019 viene nuovamente dichiarata incostituzionale una disposizione

in materia penale relativa alla commisurazione della pena, e anche qui (come auspicato da una precedente pronuncia, la sent. n. 179 del 2017) si incide con una sentenza sostitutiva sul minimo edittale, ridotto secondo i termini reperiti – non senza una qualche acrobazia interpretativa – nel testo di un precedente provvedimento di riforma della materia dichiarato però incostituzionale dalla stessa Corte costituzionale perché introdotto con un decreto legge non omogeneo (sent. n. 32 del 2014). La sentenza in parola contiene poi un'altra significativa novità, perché a dimostrare la trasformazione della dottrina delle rime obbligate sta anche il fatto che oggi in esse la Corte rinviene sorprendentemente un limite che richiede un aggiramento laddove esse si pongano come ostacolo allo scrutinio di una normativa ritenuta lesiva di diritti fondamentali: "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 ... Nel rispetto delle scelte di politica sanzionatoria delineate dal legislatore e ad esso riservate, occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale proprio in ambiti in cui è maggiormente impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali" (p. 4.2. *cons. in dir.*).

Con la sent. n. 99 del 2019 la Corte conferma e ribadisce l'impianto già visto. L'ambito materiale è quello della mancata ammissione alla detenzione domiciliare "umanitaria" (art. 47-ter, comma 1-ter, ordin. penit.) di chi versi in condizioni di grave infermità psichica sopravvenuta. Anche in questo caso l'omissione del legislatore era stata fatta oggetto di un monito, lontano nel tempo (sent. n. 111 del 1996). E anche in questo caso, in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, il verso dell'addizione è desunto (più che ricavato) dalla logica del sistema, che identifica nell'articolo prima indicato la *sedes materiae* giudicata "costituzionalmente adeguata e idonea a porre rimedio alle denunciate violazioni"⁴³.

⁴³ Accanto a questi casi, benché dotata di alcuni tratti differenziali, potrebbe essere citata anche la sent. n. 12 del 2019, in cui l'esito additivo è determinato dall'esigenza di limitare l'assolutezza del principio che vuole operante solo a partire da una certa data (e quindi non esteso ai giudizi in corso) il divieto di parziale impignorabilità dell'assegno sociale, divieto ritenuto in precedenza contrario a Costituzione ma non dichiarato tale per assenza di rime obbligate (sent. n. 85 del 2015), sebbene il principio sia stato fatto succes-

Da tutto ciò si può quindi ricavare la conclusione per cui le rime obbligate mantengono la loro funzione laddove la lacuna possa essere sin da subito colmata in presenza di una soluzione costituzionalmente necessitata, mentre la loro portata costringente può essere aggirata nel caso in cui: 1) si verta in materia di diritti fondamentali, 2) esista una soluzione che – sebbene non obbligata o logicamente necessitata – sia da ritenersi comunque adeguata o preferibile in ragione di una qualche continuità ordinamentale, nonché 3) il legislatore sia stato messo in condizione di intervenire mediante una previa pronuncia monitoria ma, ciò nonostante, sia rimasto inerte⁴⁴.

Appare chiaro come la complessiva interazione tra questi fattori trovi un punto di sintesi nella vicenda Cappato: prefigurazione di un doppio pronunciamento costruito attraverso un'anomala ordinanza monitoria “ad incostituzionalità prospettata” (se non, addirittura, “anticipatrice di incostituzionalità”); lesione di diritti fondamentali (sempre in materia penale) con una notevolissima portata individualizzante della fattispecie oggetto di scrutinio⁴⁵ (peraltro sapientemente costruita in autonomia dalla Corte più che di per sé ricavabile dall'ordinanza di rimessione⁴⁶); individuazione del contenuto additivo “ricavando dalle coordinate del sistema

sivamente proprio dal legislatore (D.L. n. 83 del 2015). Questa sentenza potrebbe essere il segno del fatto che il nuovo *trend* giurisprudenziale si avvale spesso di sentenze “miste”, in cui al contenuto additivo sono destinati sempre più spesso a sommarsi anche effetti di natura temporale, anche tenendo conto della rinnovata centralità delle decisioni monitorie: sul punto v. per tutti C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli 2013, 241 ss.

⁴⁴ V. la sintesi di questo nuovo orientamento in 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, 653, cui si rinvia per gli ulteriori, più ampi approfondimenti.

⁴⁵ Secondo E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova tecnica processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.* 2019, 542, “[q]uello che si presentava alla decisione della Corte, insomma, era uno dei paradigmatici «casi critici», la cui specificità e individualità preme irresistibilmente sul diritto affinché emerga una soluzione *in concreto* realmente *adeguata* al compito di *rendere giustizia* rispetto a *quello specifico fatto*” (corsivi nel testo).

⁴⁶ Nella sent. n. 242 del 2019 la Corte si richiama ad “una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa”, individuata dalla stessa “[a]ll'interno del *petitum* principale del rimettente” e coincidente con i casi, già “ritagliati” dall'ord. n. 207 del 2018, in cui “l'aspirante suicida si identifichi – come nella vicenda oggetto del giudizio a quo – in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli” (p. 2.3. *cons. in dir.*).

vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento” (p. 4. *cons. in dir., in fine*)⁴⁷. Se nella vicenda dell’aiuto al suicidio, quindi, l’autentica innovazione deve essere rinvenuta nella modalità processuale di predisposizione della “doppia pronuncia” (tutta interna al medesimo procedimento, attraverso la dissociazione tra una prima ordinanza monitoria e la successiva sentenza di merito), è proprio questo l’elemento che manca in un’altra sentenza recente molto discussa, quella relativa al venire meno della preclusione assoluta della concessione dei permessi premio per i detenuti sottoposti al regime dell’ergastolo ostativo (art. 4-*bis* ord. pen.). Nella sentenza n. 253 del 2019, infatti, all’accertamento dell’incostituzionalità della presunzione assoluta per i detenuti colpevoli di reati associativi di stampo mafioso viene fatta seguire una dettagliata ricostruzione del tessuto normativo necessario a colmare il vuoto, che ricalca lo schema seguito da altri commi dello stesso articolo relativi a diverse categorie di reati, senza però che tale intervento additivo sia stato, se non in relazione ad ipotesi affini, precedentemente oggetto di censure di incostituzionalità, almeno nei termini così diretti avutisi negli altri precedenti prima citati.

Due circostanze, per il momento, sembra necessario sottolineare ai fini che ci interessano. Da un lato, pare esservi un legame non occasionale tra la libertà di movimento rivendicata dalla Corte in queste pronunce e la loro portata variamente “individualizzante”, il loro essere mirate, in altre parole, a non disperdere un’esigenza di tutela molto più ritagliata sulle caratteristiche del caso concreto che sulla esemplarità astratta e ripetibile di una fattispecie normativa inquadrabile nelle categorie del giudizio di ragionevolezza “classico”. Tanto ciò è vero, da un altro lato, che non può che stupire la complessiva torsione della teorica delle rime obbligate: esse, come si sa, nascono inizialmente come *giustificazione* del potere della Corte di disporre contenuti aggiuntivi, diventano poi, nella fase di consolidamento della giurisprudenza costituzionale, *l’argine* entro il quale si devono svolgere gli interventi aggiuntivi della Corte, per poi

⁴⁷ Con riferimento alle sentt. nn. 236 del 2016, 233 e 222 del 2018, 40 del 2019. Come è noto, e come era in certa parte prevedibile già dalla lettura dell’ord. n. 207 del 2018, la Corte ha ricavato tali criteri di riempimento dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017, già impiegati come *tertia comparationis* nell’individuazione del vizio di incostituzionalità della disciplina in oggetto: sul punto mi permetto di rinviare al mio *Interventi additivi della Corte costituzionale e razionalità delle scelte legislative in un’ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.* 2018, 2489.

infine trasformarsi (e a stupire è proprio che ciò avvenga nella materia penale, ambito tradizionalmente associato nella giurisprudenza costituzionale a un marcato *self restraint*) in un *ostacolo* al pieno sindacato della Corte⁴⁸, a tal punto bisognoso di essere trasceso che ad esso è addirittura finito per associarsi, come visto, lo stigma di una zona franca da superare.

Si può ritenere, in conclusione, che dietro le trasformazioni di cui brevemente si è dato conto si celi, *sub specie processus*, anche una maggiore attitudine della Corte a modulare la sua risposta tenendo conto di istanze di giustizia?

Da un primo punto di vista, questo pare evidente almeno nel senso che, come si è visto, l'impiego delle nuove additive si è saldato in più di un'occasione con una marcato orientamento "individualizzante", sia nel momento in cui l'accertamento di un'intrinseca irragionevolezza ha abilitato la Corte a perseguire con maggiore libertà il disegno di integrazione dei contenuti omessi dal legislatore, sia quando (e le due ipotesi non si escludono) la Corte ha costruito la *quaestio* plasmandola (talvolta con una certa dose di "costruttivismo") sulle circostanze assai specifiche del caso concreto, quasi a "fotografare" nel dubbio di costituzionalità i contorni e gli attributi di una vicenda molto concreta⁴⁹ (non casualmente, diverse sentenze prima evocate hanno colpito automatismi legislativi).

Mi sembra tuttavia che non ci si possa limitare a questo. La vicenda analizzata, infatti, pare essere anche un capitolo di una storia più risalente, riguardante l'annoso problema della legittimazione e dei limiti della Corte a svolgere una funzione normativa o paralegislativa. Senza entrare ora nel merito di quella discussione, per tanti aspetti sopita ma mai realmente risolta, quello che si può dire è che il *trend* giurisprudenziale di cui si è dato conto, proprio in virtù del suo essere commisurato al soddisfacimento di esigenze di giustizia, accentua la divaricazione che sempre si è cercata di contenere tra il momento propriamente *demolitorio* e quello *ricostruttivo*, nel senso che il secondo, sganciato dal vincolo delle rime obbligate, perde progressivamente il suo collegamento con la ragione costitutiva dell'incostituzionalità e si indirizza, di conseguenza, lungo linee

⁴⁸ Così, ma adesivamente, R. BARTOLI, *Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.* 2018, 2570.

⁴⁹ Indicazioni in tal senso in G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*. II, cit., 236, ove anche (237) il rimando alla tesi, ricavata da Elia, per cui laddove a venire in gioco sia unicamente il parametro costituito dall'art. 3 Cost., ad essere colpita è unicamente in quanto discriminatoria la "norma esclusiva implicita", il che renderebbe non dirimente l'argomento fondato sul rispetto della discrezionalità del legislatore (e, con esso, anche della dottrina delle rime obbligate).

di svolgimento perseguite dalla Corte con assai maggiore libertà rispetto al passato. In questo modo, se da un lato acquistano nuovo vigore le critiche rivolte all'impianto teorico delle sentenze additive e sostitutive – soprattutto in relazione al rapporto tra riscontro dell'incostituzionalità e attività ricostruttive “conseguenziali”⁵⁰ –, dall'altro è anche vero che ciò avviene in un orizzonte in cui il limite della discrezionalità legislativa non è più la soglia ritenuta assolutamente invalicabile e per rispettare la quale si è creato lo strumento delle rime obbligate, ma diventa componente di un più ampio bilanciamento con altri fattori (e prima di ogni altro: la tutela dei diritti fondamentali) dal cui esito ultimo dipende, in ultima istanza, l'individuazione della nuova regola o del nuovo principio costituzionalmente “adeguati”⁵¹. Si potrebbe forse dire che, in talune occasioni, tale è la trasformazione intervenuta che mantenere fermo il rispetto della discrezionalità legislativa rappresenterebbe il tradizionale *summum ius* pronto a tradursi in una *summa iniuria*.

Accanto a questi fattori, il nuovo corso giurisprudenziale sembra poi esaltare la centralità dei diritti fino ad affiancarla alla discrezionalità legislativa per dire, in fondo, anche qualcosa d'altro: vale a dire che la violazione di tali diritti, proprio perché spesso è dovuta ad una inerzia del legislatore più che ad un'autonoma decisione di esso e quindi è protratta nel tempo, assume una coloritura ulteriore, appunto di *subita ingiustizia*, che sposta sulla funzione di garanzia il compito di rimediare in positivo a quanto il legislatore non è riuscito a fare. Il che, se da un lato è in certa misura connaturato allo strumento delle additive e di per sé è sempre accaduto, avviene oggi secondo modalità in larga parte diverse, proprio perché l'insistito richiamo ad argomenti di giustizia (testimoniato dal ripetersi di accoglimenti determinati da “irragionevolezza intrinseca” o argomenti simili) conferisce alla violazione una maggiore consistenza e, inevitabilmente, alla Corte un *surplus* di legittimazione a rimuoverla in-

⁵⁰ V. per tutti G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale* (1988), cit., 305 e 307, nonché G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.* 1981, I, spec. 1693, dove viene stigmatizzato l'“effetto di legittimazione *a posteriori* del testo di legge” una volta che la Corte, invece di prendere puramente atto della sua illegittimità, innesti su di esso significati ulteriori in sede di eterointegrazione.

⁵¹ Come, in termini assai espliciti e rivelatori, si è espresso F. MODUGNO, *La “supplemento” della Corte costituzionale*, in Id., *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 145: “La Corte non ha, istituzionalmente, potere di normazione positiva; ma – ripeto – nel bilanciamento, la funzione di garanzia costituzionale ad essa eminentemente, anche se non esclusivamente, affidata, non può non prevalere sulla ripartizione rigida dei poteri (legislativo e di garanzia costituzionale)” (corsivi nel testo).

dividendo con maggiore libertà quei contenuti aggiuntivi in grado di porre rimedio al *vulnus*. Non sorprende quindi, che a partire da ciò la Corte segua linee evolutive e faccia ricorso a strumenti che la rendono istituzionalmente più libera di commisurare le sue risposte a tali istanze di giustizia, con conseguenze però che hanno inevitabilmente ricadute anche sull'assetto del giudizio incidentale⁵², oltre che sul complessivo assetto dei poteri⁵³. Se, come notava Zagrebelsky sin dalla prima edizione del suo manuale sulla giustizia costituzionale, “la funzione quasi-legislativa della Corte corrisponde ad una congiuntura istituzionale dai caratteri molto instabili, che potrebbe mutare facilmente”⁵⁴, oggi si può dire che tale mutazione è avvenuta ma che è andata piuttosto nel senso di una più evidente autoaffermazione della Corte rispetto agli altri poteri anche grazie ad una saldatura ancora più marcata con la giurisdizione e al costo di un più rapporto sempre più flessibile con la discrezionalità del legislatore⁵⁵.

5. *Una giustizia commisurata alle conseguenze? La delimitazione degli effetti temporali dell'incostituzionalità*

La questione del governo degli effetti temporali e, più in generale, delle ricadute sulla sfera temporale della dichiarazione di incostituziona-

⁵² A partire dalla questione relativa al mutamento dell'onere per il giudice di indicare il verso dell'addizione normativa richiesta: v. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, cit., 195.

⁵³ Basti pensare al rischio paventato da R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità*, cit., 2571, per cui, a portare alle estreme conseguenze l'orientamento seguito dalla Corte, si assisterebbe ad un rovesciamento di funzioni della discrezionalità, che da tradizionale appannaggio del legislatore si trasformerebbe in uno spazio di valutazione libero della Corte stessa, la quale, libera dal corsetto delle rime obbligate, potrebbe ora individuare più liberamente la soluzione corretta, che a tal punto diverrebbe però “costituzionalmente obbligata” e quindi finirebbe per imporsi al legislatore come l'unica strada perseguibile per porre rimedio al *vulnus*.

⁵⁴ *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977, 340.

⁵⁵ In questo senso, il rimando – talvolta esplicito (irragionevolezza intrinseca), talvolta implicito – ad istanze latamente equitative in casi del genere non fa altro che rafforzare quella tendenza già a suo tempo criticamente segnalata da G. SILVESTRI (*Le sentenze normative*, cit., 1716) per cui “[i] governanti tentano, in questa situazione, di far ricorso, quanto più è possibile, a fonti «oracolari», che creano le norme sulla base di altre norme sovrastanti, indiscutibili e già in vigore, come le norme costituzionali, senza dover adottare decisioni politiche di cui si porta per intero la responsabilità. ... Avviene così che una scelta politica nuova viene presentata come inevitabile conseguenza di una direttiva costituzionale” (corsivo nel testo).

lità è stata, come si sa, al centro della riflessione recente, indotta soprattutto da alcuni episodi giurisprudenziali (peraltro, come si vedrà, non perfettamente sovrapponibili gli uni con gli altri) in cui la Corte costituzionale ha fatto tornare in auge il problema della limitazione dell'efficacia temporale delle proprie pronunce di accoglimento.

È chiaro il riferimento alla assai dibattuta sentenza n. 10 del 2015, ma non può tacersi come un medesimo problema (seppur riconducibile ad un diverso motivo) si sia riscontrato anche nella già citata sentenza n. 1 del 2014, laddove si è invocata la garanzia della continuità dell'ordinamento al fine di fare salva la composizione delle Camere già formate e la legittimità degli atti compiuti, ma senza che di ciò rechi traccia il dispositivo della sentenza. Altri casi pur significativi, ma che certo non hanno attirato la medesima attenzione, testimoniano inoltre come negli ultimi anni il problema in parola sia tornato ad essere centrale, sia per ragioni sostanziali (legate *in primis* all'introduzione del nuovo art. 81 Cost.) che per ragioni più specificamente connesse alla nuova fase di riaccostamento delle funzioni e della posizione della Corte nel sistema.

Non è certo il caso di riprendere ora in mano i termini generali della questione, divenuta col tempo un *locus classicus* della giustizia costituzionale, sebbene tali recenti svolgimenti sollevino interrogativi non del tutto sovrapponibili al modo in cui la questione era stata affrontata in passato.

Pare piuttosto utile prendere le mosse dal fatto che la questione della delimitazione degli effetti temporali delle proprie pronunce non si pone per la Corte in un modo unitario, perché essa si svolge su piani talvolta nettamente diversi e suscitando, di conseguenza, interrogativi differenti. Così, mi pare che ci sia una differenza tra i casi nei quali: a) la Corte si fa carico di un vero e proprio "governo degli effetti", come accade nelle ipotesi classificate dalla dottrina nei termini dell'incostituzionalità sopravvenuta e dell'incostituzionalità differita o progressiva, laddove si assiste a una reale *modulazione* degli effetti retroattivi, b) essa incide sulla retroattività delle proprie pronunce ponendo *limiti* ulteriori a quelli già previsti, che comprimono il potere di apprezzamento dei giudici nel determinare le conseguenze della dichiarata incostituzionalità, e infine c) essa prende atto della impossibilità di attribuire alla propria pronuncia di accoglimento una portata retroattiva in ragione del peculiare rapporto che si è venuto a creare tra la natura dell'atto dichiarato incostituzionale e la tipologia del vizio. Alla prima tipologia di decisioni si possono ricondurre quei casi come (in certa misura) la già citata sent. n. 10 del 2015, la successiva sent. n. 178 del 2015, nonché altre pronunce rese di recente

nel giudizio in via principale⁵⁶: a definire questi casi è la circostanza che la delimitazione della portata temporale è l'effetto di un bilanciamento che involge la salvaguardia del principio costituzionale violato e le ricadute derivanti da una retroattività piena, soprattutto con riferimento alla compromissione di esigenze di bilancio ricavabili dall'art. 81 Cost. Alla tipologia sub b) sembra invece si debbano riferire quei casi nei quali la limitazione (o, più spesso, l'eliminazione) della portata retroattiva non costituisce la conseguenza diretta di un bilanciamento con la ragione giustificativa dell'incostituzionalità, quanto piuttosto un'esigenza di sistema che matura in modo autonomo in ragione delle peculiarità del settore normativo di riferimento. Un esempio particolarmente chiaro di tale orientamento si ha nella recente sent. n. 180 del 2018, dove alla dichiarazione di incostituzionalità della norma che consente che l'indizione dello sciopero degli avvocati si ripercuota sulla salvaguardia della libertà personale dei detenuti in stato di custodia cautelare si associa la statuizione che “[r]estano fermi, per il passato, i provvedimenti di sospensione del termine di custodia cautelare stante il rinvio dell'attività processuale su richiesta del difensore ovvero a causa della sua mancata presentazione o partecipazione” (p. 24 *cons. in dir.*).⁵⁷ Alla terza ipotesi sub c) mi sembra si debbano infine ricondurre quelle ipotesi specialissime, come quella fatta propria dalla Corte nella sent. n. 1 del 2014, in cui è la saldatura tra natura dell'atto *sub iudice* e consistenza del vizio che rendono necessario per la Corte eliminare gli effetti *pro praeterito*, come in quel caso è avvenuto invocando il principio della continuità dell'ordinamento, ma come in passato è analogamente avvenuto quando la Corte decise di far salvi i decreti legge reiterati (nella sent. n. 360 del 1996) in virtù dell'efficacia sanante rappresentata dalla tempestiva conversione in legge.

La diversità delle ipotesi e del rilievo che gioca il fattore temporale non toglie tuttavia che alla radice delle differenti situazioni vi sia una matrice in larga parte comune, consistente nei motivi e nelle ragioni giustificatrici che spingono la Corte (o le impongono) di contenere o talvolta eliminare la portata “retroattiva” dei suoi accoglimenti. Motivi e ragioni che si possono compendiare nell'esigenza di salvaguardare esigenze

⁵⁶ Sentt. nn. 155 del 2015, 188 del 2016, 218 del 2017.

⁵⁷ Un riferimento analogo potrebbe essere fatto anche alla sent. n. 246 del 2019, in cui la delimitazione della portata retroattiva dell'incostituzionalità della norma che regola i poteri dei commissari straordinari preposti alla gestione di alcune emergenze in quanto lesiva delle attribuzioni regionali è giustificata sulla base dell'esigenza di non caducare gli atti da essi compiuti *medio tempore*.

costituzionali differenziate, talvolta esplicitamente ricondotte a specifici principi costituzionali (l'equilibrio di bilancio prima degli altri), talvolta affidate a principi di rilievo costituzionale come la certezza del diritto, la stabilità dei rapporti giuridici, la continuità dell'ordinamento, il principio dell'affidamento. Ad accomunare, ad un livello ulteriore, tutte queste varie ipotesi vi è in fondo la necessità di evitare, a seguito dell'accoglimento della questione, una *maggior incostituzionalità*, come quella che si ricaverrebbe da una piena retroattività in grado di pregiudicare altri principi costituzionali. Prescindendo ora dai caratteri di tale bilanciamento e, ancora prima, dalla questione se di bilanciamento effettivamente si tratta (e non, invece, di un'autoattribuzione di poteri più o meno giustificata), mi sembra significativo rilevare come il tratto comune appena evidenziato (la necessità di evitare la *maggior incostituzionalità*) abbia al tempo stesso anche i caratteri di un classico argomento di giustizia, e che come tale meriti ora di essere indagato. Vi è sicuramente un aspetto legato ad un'argomentazione consequenzialista, come se qui la Corte si facesse carico di fare i conti con l'impatto realisticamente discendente dai propri pronunciamenti, così da temperare l'etica del principio (o dell'intenzione) associata alla dichiarazione di incostituzionalità con l'etica della responsabilità connessa alle ricadute più ampie dell'affermazione del principio⁵⁸. Ma vi è anche un profilo ulteriore, per quanto connesso a quest'ultimo, per cui trascurare sempre e comunque un'esigenza del genere può voler dire togliere alla dimensione di giustizia entro cui si muove anche la Corte una funzione *correttiva* rispetto all'assolutezza dell'affermazione di un principio. Negare sempre tale possibilità vuol dire, come bene è stato detto, fare proprio il principio *fiat iustitia et pereat mundus*⁵⁹.

Giungere a questa conclusione non vale ovviamente a ritenere che ogni argomentazione che adduca, dietro l'invocazione di principi costituzionali, istanze come quelle prima evocate per limitare, correggendole *sub specie temporis*, le dichiarazioni di incostituzionalità sia di per sé *giusta*, oltre che costituzionalmente ammissibile.

Da un lato, infatti, sta il fatto che a incarnare queste istanze di giustizia

⁵⁸ Così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*. I, cit., 149.

⁵⁹ S. P. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità «progressiva» ed effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano 1989, 281, dove si aggiunge: "Senza voler indulgere ad un realismo acritico e volgare, credo che in certi casi il desiderio di una giustizia assoluta può precludere il raggiungimento effettivo di quel tanto di giustizia che, in un certo momento, è possibile ottenere".

sono tutti principi meta-individuali, istanze cioè che fanno valere beni-obiettivo riferibili a necessità oggettive del sistema normativo (certezza del diritto, stabilità dei rapporti giuridici, continuità dell'ordinamento) o istituzionale (equilibrio di bilancio), che pur ripercuotendosi attualmente o potenzialmente su profili individuali (ivi incluso il principio di cui all'art. 81 Cost. *sub specie* di diritti delle generazioni future), mostrano sicuramente un gradiente di sempre maggiore attinenza a profili propriamente istituzionali⁶⁰ (paradigmatico il caso della continuità dell'ordinamento di cui alla sent. n. 1 del 2014). In tutti questi casi, sembra anzi si possa ravvisare un'equazione tra certezza del diritto (costituzionale) come meta-principio che guida la Corte in casi del genere e istanze di giustizia: equazione che seppure talvolta incorre nel rischio di fare proprio un occulto antiformalismo⁶¹, pensando così di nascondere il volontarismo insito in circostanze del genere⁶², non giunge però a sopprimere del tutto il legame tra certezza del diritto e aspettative democratiche⁶³.

Dall'altro lato vi è la circostanza per cui in molti dei casi prima menzionati (si pensi ai casi di incostituzionalità progressiva o ai casi anomali di cui alla lett. c) il bilanciamento cui pure la Corte fa esplicitamente o implicitamente ricorso sconta spesso un qualche *deficit* di razionalità, dimostrato dal fatto, ad esempio, che i valori da preservare a cui la Corte fa riferimento vengono solo intuiti e, di conseguenza, le operazioni di bilanciamento che conducono all'esito in parola sfuggono a rigide categorizzazioni⁶⁴. In fondo, la vicenda conclusasi con la sent. n. 10 del 2015

⁶⁰ Non mi pare abbia trovato per ora riscontro in giurisprudenza l'idea, formulata in passato da F. MODUGNO, *Effetti della declaratoria di incostituzionalità in tema di rapporti tributari progressi*, in *Dir. pubbl.* 1998, 343 ss., per cui anche il principio di affidamento del singolo (ad es. in rapporto a leggi tributarie retroattive) possa costituire argine al principio di retroattività, questa volta in vista della salvaguardia delle posizioni individuali dei singoli.

⁶¹ A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 180 ss.

⁶² Evidente il richiamo a H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino 2000, 124.

⁶³ Sul punto v. ora C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.* 2019, 551.

⁶⁴ Così, ad esempio con riferimento alla sent. n. 266 del 1988, S.P. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta»*, cit., 280 nonché (284), esprimendo l'auspicio che la Corte renda manifesto il valore in funzione del quale la retroattività è stata limitata, così da verificare se la misura di tale limitazione sia congrua rispetto al valore tutelato. Un'assenza pressoché assoluta di motivazione si riscontra ad esempio nella sent. n. 178 del 2015, nella quale ad una motivazione tutta costruita in termini di incostituzionalità "sopravvenuta" a partire da una certa data (il 1° gennaio 2015) fa seguito un dispositivo che dispone l'incostituzionalità con effetti solamente *pro futuro*: A. RUGGERI, *La Corte*

mostra i suoi problemi più evidenti non tanto (o non solo) con riferimento al rivendicato potere di modulazione degli effetti temporali, ma alla natura del bilanciamento effettuato dalla Corte, in cui se da un lato convince la necessità di evitare l'ingiusto arricchimento di chi ha traslato sui contribuenti la maggiorazione d'imposta, dall'altro lato non risulta adeguatamente motivato il richiamo alle conseguenze che da ciò discenderebbero sul bilancio e di uno spostamento del relativo onere sulle fasce più deboli della popolazione⁶⁵. Come anche, forse ancora prima, ad apparire criticabile è l'idea che ha avuto la Corte di bilanciare non due principi sostanziali censurando l'erroneo rapporto tra essi così come stabilito dal legislatore⁶⁶, ma di impiegare come termine di bilanciamento la sua stessa sentenza e le conseguenze che, dismesso ogni collegamento con la ragione costitutiva dell'incostituzionalità, da essa sarebbero promanate⁶⁷.

Alla luce di questi elementi, pare necessario comprendere come il richiamo a tali istanze si innesti nelle variabili che si celano dietro le regole che governano gli effetti temporali delle sentenze di accoglimento.

Un primo piano di analisi riguarda il meccanismo di instaurazione del giudizio sulle leggi in via incidentale. Pur infatti ammettendo (come personalmente mi sentirei di fare) che la Corte possa essere attributaria del potere di modulare gli effetti temporali delle proprie sentenze, non

costituzionale e la gestione sempre più sregolata dei suoi processi, in *Quest. giust.* 27 luglio 2015, e R. PINARDI, *La Consulta e il blocco degli stipendi pubblici: una sentenza di «incostituzionalità sopravvenuta»?*, in *Forum di Quad. cost.* 1° settembre 2015. Richiamano il rischio di “salti logici” in pronunce di questo tipo A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 6ª ed., Torino 2019, 208. Parlano similmente di affermazioni “che si susseguono «a cascata», quasi in assenza di argomentazione” G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II.*, cit., 185.

⁶⁵ “[C]he viene dato per certo, seppure sia solo un'eventualità”, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II.*, cit., 189. Sul punto v. anche M. BIGNAMI, *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, in *Quest. giust.* 18.2.2015, che si domanda condivisibilmente “Per quale ragione la paventata manovra avrebbe dovuto abbattersi orizzontalmente, e con cieca indifferenza, sui più deboli, come se vi fosse un obbligo costituzionale di spartire con esattezza matematica il costo della sentenza, anziché, semmai, il contrario?”

⁶⁶ I. MASSA PINTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiusdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it* 1/2015, 1 ss.

⁶⁷ V. ONIDA, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?*, in *Rivista AIC* 1/2016, 7, P. CARNEVALE, *La declaratoria di illegittimità costituzionale ‘differita’ fra l'esigenza di salvaguardia del modello incidentale e il problema dell'auto-attribuzione di potere da parte del Giudice delle leggi*, in *Dir. pubbl.* 2015, 410.

credo si possa in alcun modo convenire con l'eventualità che ciò si traduca in una sistematica ininfluenza dell'accoglimento quanto meno sul giudizio di origine, all'interno del quale è stata sollevata la *quaestio*⁶⁸. A deporre in tal senso non sono unicamente ragioni attinenti all'esigenza di non frustrare il diritto di agire in giudizio ex art. 24 Cost. o, in aggiunta a questo, di salvaguardare il nesso di pregiudizialità sostanziale che non può non sussistere *almeno* con il giudizio di origine, quando la questione sia fondata⁶⁹. Accanto a ciò si debbono riscontrare anche precisi profili di giustizia ancorati ai medesimi principi costituzionali ora evocati, che verrebbero sacrificati laddove il perseguimento un'istanza meta-individuale come la certezza del diritto o la salvaguardia degli equilibri di bilancio arrivi ad offuscare del tutto le ragioni individuali, fino ad eliderne ogni possibile valenza. Né vale, in contrario, ritenere che un'efficacia limitata al solo giudizio *a quo* si ponga in contrasto con il principio di uguaglianza, perché a parte quanto si dirà da presso sul problema degli effetti *erga omnes*, non si può non attribuire il dovuto rilievo al fatto che chi ha dato avvio al giudizio dal quale è promanata la questione di legittimità costituzionale non può trovarsi nella medesima condizione di chi, di quell'accoglimento, è solo il potenziale beneficiario. In questo senso, l'aspettativa di giustizia individuale appare qualificata dal fatto che chi ha agito in giudizio ed è riuscito a portare la sua domanda di giustizia alla Corte costituzionale e a vederla accolta è riuscito a saldare alla natura individuale della sua rivendicazione un qualcosa di più: quella domanda che fino a poco prima era solamente individuale si è fatta, nel prisma del giudizio incidentale, *exemplum* di un problema generale⁷⁰ e come tale merita di essere trattata e salvaguardata⁷¹.

⁶⁸ Su cui, del resto, già H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (la giustizia costituzionale)* (1928), in ID., *La giustizia costituzionale*, a cura di C. GERACI, Milano 1981, 143, che osservava come, in caso contrario, sarebbe venuto meno ogni reale incentivo alla sollevazione di questioni in via incidentale.

⁶⁹ M. RUOTOLO, M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin tax*, in *Rivista AIC* 2/2015, 22.

⁷⁰ Il riferimento, ovviamente, è a A. CERRI, *Il profilo tra argomento e termine della questione di costituzionalità*, in *Giur. cost.* 1978, 356.

⁷¹ Mi piace ricordare qui quanto ebbe a dire sul punto V. ANDRIOLI, *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*, in *Riv. dir. pubbl.* 1950, 44: "fino a quando la controversia relativa alla legittimità costituzionale della legge sarà concepita come pregiudiziale alla causa di merito nella quale è insorta, parti nel giudizio avanti la Corte costituzionale non possono essere che coloro i quali diedero vita alla causa di merito: *nella folla incolore dei destinatari della norma incriminata, essi sono gli eletti, e, fatte le somme, non*

Un secondo profilo di esame attiene poi a come quelle istanze di giustizia si collochino rispetto alle coordinate “normative” del giudizio. Sul punto, senza potermi dilungare, confesso di partire dalla premessa per cui la sistemazione teorica degli effetti temporali dell’incostituzionalità sconta un problema genetico, che deriva dal non interamente ricomponibile disallineamento tra le variabili normative rappresentate dall’art. 136 Cost. e dall’art. 30 l. n. 87 del 1953⁷². In particolare, a risultare indebolita, fino a correre il rischio di essere ritenuta non costituzionalmente obbligata, non è tanto la retroattività intesa come non applicazione della norma dichiarata incostituzionale nel giudizio *a quo*, quanto l’estensione della medesima conseguenza a tutti gli altri giudizi⁷³. Ciò è al tempo stesso la causa e l’effetto di un problema più ampio, coincidente con la coesistenza forzata e mai interamente ricomposta tra due logiche dissonanti che presiedono alla disciplina degli effetti temporali delle sentenze della Corte, vale a dire quella che la iscrive nei termini di un diritto *intertemporale* (che di per sé configura la sentenza di annullamento come un atto sostanzialmente normativo, con tutto quel che ne discende in termini di retroattività più o meno liberamente modulabile) ovvero quella che ne fa elemento di un diritto *transitorio* (che invece ne appiattisce la valenza tutta e solo internamente alla giurisdizionalità, con la conseguenza che gli effetti della sentenza di accoglimento e i limiti alla retroattività – sentenza che accede ad un altro provvedimento giurisdizionale – sono demandati all’accertamento dei poteri del giudice)⁷⁴. L’oscillazione tra questi due poli segna, in vario modo, tutta l’esperienza storica della giurisprudenza costituzionale: ma se nel lungo periodo, a determinare la velocità e la stessa direzione dell’oscillazione sono fattori legati al ruolo della Corte nel sistema e all’affermazione dei caratteri di fondo della normatività costituzionale, a coglierne le sfumature nel breve periodo possono contribuire considerazioni legate a come bilanciamenti assai poco razionalizzabili si fanno plasmare, guidare, da istanze legate ad aspettative di

penso che, neppure sul piano della opportunità, sia da rimproverare ai costituenti quest’atto di fede nell’individuo, nel destinatario, cioè, della norma giuridica”.

⁷² In questa chiave v. con grande chiarezza A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., 208.

⁷³ M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell’invalidità della legge*, Milano 2000, 71 s.

⁷⁴ Per sole ragioni di sintesi, mi permetto di rinviare sul punto alla ricostruzione del problema che ho tentato in G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità*, cit., 221 ss., anche per l’influenza che sul problema ha avuto la disputa teorica intorno allo *status* della legge non ancora dichiarata incostituzionale.

giustizia, o meglio: a come quelle istanze superindividuali di cui prima si è dato conto riescono di volta in volta a contrapporsi, a offuscare o a incorporare le istanze legate al caso individuale e alle sue aspettative di giustizia⁷⁵.

Da un terzo e ultimo punto di vista, si può poi sottolineare come la dinamica appena evocata produca specifiche conseguenze anche sul piano istituzionale. Pare infatti evidente come il prevalere di valori superindividuali, oggettivi, come argine alla retroattività delle sentenze di accoglimento rischi di condurre ad una complessiva ricalibratura dei rapporti istituzionali che si agitano nel processo di costituzionalità, nel senso almeno che essi rafforzano la visione sempre più astratta e accentrata del giudizio, che teorizza la possibilità di recidere il piano degli effetti addirittura dal giudizio di origine, valorizzando così un'operatività dell'accoglimento *sub specie temporis* in termini di diritto intertemporale. Se ne ricaverebbe, se ci si fermasse a ciò, il tendenziale offuscamento del potere dei giudici di apprezzare in concreto quali limiti si pongano alla retroattività e di scaricare una volta di più sulla Corte, per il tramite dell'appello a quelle istanze di giustizia, compiti di decisione politica che ad essa, con tutta evidenza, non possono spettare.

6. Quale "giustizia" costituzionale?

Gli itinerari analizzati nelle pagine precedenti rivelano come la Corte costituzionale si riferisca, in funzione correttiva delle regole processuali, ad istanze di giustizia estremamente differenziate, che si muovono lungo coordinate raramente sovrapponibili quando non apertamente divergenti. Le ricadute di questi impieghi tendono a perseguire obiettivi sostanziali e istituzionali diversi: talvolta essi appaiono serventi all'ampliamento del principio di costituzionalità, altre volte a un suo contemperamento con altre esigenze; in talune occasioni ad una valorizzazione del legame con i giudici, altre volte all'assolvimento di funzioni paralegislative; talvolta alla valorizzazione dei caratteri specifici del caso, altre volte alla

⁷⁵ Così, si è detto, anche quando la Corte è chiamata a decidere su micro-questioni, "per le parti sono, invece, sempre delle macro questioni (perché è la loro questione: quella che tocca nel vivo i loro interessi)": S.P. PANUNZIO, *Qualche riflessione sulla «elasticità» delle regole procedurali nel processo costituzionale*, in *Giudizio "a quo" e promovimento*, cit., 261.

stabilizzazione di aspettative istituzionali o ordinamentali connesse a principi costituzionali scritti o non scritti.

A dispetto di queste diversità, pare però possibile rinvenire alcune linee costanti, a mio avviso individuabili nelle caratteristiche e nelle linee di svolgimento interno delle regole del processo costituzionale e della razionalità che esse esprimono.

Si diceva all'inizio che all'idea di giustizia è da sempre connaturata anche una funzione correttiva, che nel processo costituzionale (come da sempre si è tradizionalmente ritenuto) equivale all'idea di un temperamento dell'assolutezza della regola per finalità di salvaguardia delle specificità di un caso. Così, per rifarci ai casi presi in esame nelle pagine precedenti, si potrebbe dire che invocare una *fictio litis* per giustificare l'ammissibilità di questioni prive del requisito della pregiudizialità serve a relativizzare l'assolutezza di una regola data per acquisita, sebbene non scritta (il requisito della diversità di *petita* nei due giudizi) così da consentire l'adeguamento del sistema di controllo delle leggi a una situazione imprevista, ma senza con ciò chiamare radicalmente in discussione la persistente validità e razionalità di quelle regole⁷⁶. Allo stesso modo, l'espansione dell'uso delle sentenze manipolative nella giurisprudenza più recente deve essere associata alla necessità di contenere la portata coercitiva delle rime obbligate e, dietro di esse, del limite costituito dalla discrezionalità legislativa, così da creare le condizioni affinché un esito di inammissibilità (*sub specie* di inammissibilità accertata ma non dichiarata o di semplice monito) o tanto più una caducazione secca della norma da estendere in quanto incostituzionale non si traducano in un *summum ius* tale da recare con sé anche una *summa iniuria*. Dietro, infine, al variegato fronte delle pronunce che limitano o manipolano gli effetti nel tempo è sin troppo agevole individuare un'istanza di giustizia orientata in chiave variamente consequenzialista⁷⁷, impiegata il più delle volte al fine di salvaguardare un bene/principio superindividuale rispetto all'assolutezza delle conseguenze che discenderebbero da un annullamento con portata interamente retroattiva (*fiat iustitia, pereat mundus*).

Ci si potrebbe forse fermare a questo, per prendere atto che la giustizia resa dalla giustizia costituzionale si misura, con riferimento ai suoi aspetti processuali, unicamente nei termini di un temperamento delle re-

⁷⁶ Non è un caso, del resto, che quella ipotesi eccezionale sia, a distanza di ormai qualche anno, rimasta tale.

⁷⁷ In questo senso, l'eccezione delle "conseguenze assurde" è una variante dell'argomento apagogico: G. LAZZARO, *Argomenti dei giudici*, Roma 1970, 95 ss.

gole con una funzione di etero-integrazione delle stesse, nel senso cioè di opporre alla rigidità delle prime contenuti di flessibilizzazione rinvenibili *aliunde*, appunto da istanze in parte coincidenti con principi di rilievo costituzionale, in parte con principi di giustizia orientati a salvaguardare le aspettative del caso concreto.

Parrebbe però una risposta non del tutto soddisfacente, perché gran parte dei problemi presi in esame nelle pagine precedenti mostrano, a ben vedere, che la variabilità delle risposte fornite (e per comprendere le quali si fa appello a profili di giustizia o latamente equitativi) costituiscono *il più delle volte variabili interne ai significati delle stesse regole processuali*. Così, ad esempio, si è già detto come l'ammissibilità della *fictio litis* è stata da sempre ammessa nelle ricostruzioni volte a configurare il meccanismo di instaurazione del giudizio come massimamente concreto o massimamente astratto, mentre a costituire un ostacolo ad essa è stata la configurazione (poi impostasi in giurisprudenza) di un modello misto, che fa coincidere la pregiudizialità con la salvaguardia, prima di ogni altra cosa, del potere-dovere del giudice di non applicare norme incostituzionali. Non diversamente, per le additive e manipolative in generale appare altrettanto chiaro come nel perimetro dei poteri della Corte alberghi tanto una funzione di *self restraint* rispetto alla discrezionalità legislativa quanto la possibilità di trascendere quest'ultima laddove si imponga la necessità di rimediare a lacune di sistema, ivi incluse le omissioni legislative (basterebbe richiamare la portata e il significato dell'illegittimità consequenziale o delle autorimessioni). Per quanto riguarda infine gli effetti temporali, si è visto come in ragione di un quadro normativo dei poteri della Corte che ha risentito dei problemi assai noti, la configurazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento ospita al proprio interno sia componenti di diritto intertemporale che di diritto transitorio, di per sé non reciprocamente integrabili se non in via di compromesso pragmatico.

In tutti questi casi (ed, evidentemente, altri se ne potrebbero fare) la giustizia resa dalla giustizia costituzionale svolge sì una funzione correttiva, ma questa appare rivolta non tanto a garantire la flessibilità delle stesse opponendo a una loro originaria rigidità l'appello, in funzione di etero-integrazione, a istanze, appunto, di giustizia, nei termini di una maggiore adeguatezza della risposta alla salvaguardia di principi e valori costituzionali sostanziali⁷⁸. Questi ultimi (e la multiforme istanza di

⁷⁸ Sulle variabili di questo rapporto e sul rischio (che riguarda ricostruzioni anche

giustizia che ad essi si associa) trovano espressione nella giurisprudenza della Corte nel senso che consentono a quest'ultima, nello svolgersi e nel mutare delle proprie pronunce, di operare ricostruzioni diverse di quelle variabili di cui prima si diceva, facendo prevalere alcuni significati piuttosto che altri, talvolta mantenendo questi ultimi all'interno dei significati propri dell'incidentalità, talvolta abusando di quella flessibilità e fuoriuscendo da quei significati⁷⁹. Se questo quadro è plausibile, se ne potrebbe ricavare un'ipotesi ricostruttiva più generale, per cui l'appello a istanze di giustizia non serve a presidiare unicamente la concretezza del giudizio costituzionale in quanto opposta alla sua astrattezza (e, tanto meno, l'opposto), quanto a riallineare continuamente l'una all'altra, a garantire cioè che la salvaguardia dei contorni del caso sia resa compatibile col mantenimento delle esigenze di sistema ovvero che quest'ultimo non si realizzi irragionevolmente a spese del caso concreto. Si potrebbe quindi dire che la giustizia serve alla giustizia costituzionale tanto per raggiungere decisioni "giuste" (dal punto di vista del caso concreto), quanto a porre quella giustizia in una luce più ampia, quella che fa di quel caso un esempio ripetibile fino a diventare regola generale⁸⁰, sino ad arrivare al punto persino di occasionalmente sacrificarla per il perseguimento di istanze di giustizia oggettiva⁸¹. Se quindi la giustizia del caso singolo (la ri-

opposte del problema in discussione) di una perdita di centralità del testo, v. M. DOGLIANI, *Teoria della costituzione e giustizia costituzionale*, in P. CARNEVALE e C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino 2008, 46 ss.

⁷⁹ Il punto, quindi, non mi pare tanto soffermarsi criticamente su tali sviluppi, perché non si può che realisticamente prendere atto che la vicenda storica della giustizia costituzionale in Italia è stata segnata dall'esercizio di una "funzione di tipo illuministico, *a priori* rispetto alla dinamica politica, in nome di valori trascendenti e fissati nella Costituzione, ma da far valere con un certo grado di libertà nella vicenda politica contingente, secondo una logica essenzialmente deduttiva". La questione centrale resta piuttosto quella del limite entro cui tale funzione può essere svolta, se cioè essa resti confinata all'interno di una funzione di stimolo, correttiva delle scelte legislative e, accanto a ciò, esprima una complessiva razionalità agganciata al "complesso dei valori comuni larghissimamente accettati, la gran parte dei quali stanno scritti nella Costituzione, naturalmente, ma che, quanto a portata generale, trascendono anche le concretizzazioni puntuali contenute in essa. Valori che «ideologicamente» fanno parte del patrimonio ideale della quasi totalità delle forze politico-culturali, anche se si tratta poi di valori spesso messi da parte quotidianamente nella pratica politica contingente": così G. ZAGREBELSKY, *Corte costituzionale e principio generale di uguaglianza*, cit., 116 e 118.

⁸⁰ Spunti in questa direzione in G. VOLPE, *Democrazia, diritti fondamentali, giudizio sulle leggi: per un'ipotesi di "armoniosa convivenza"*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Torino 2005, 687 ss.

⁸¹ Già Heller, più lucidamente di Kelsen e di Schmitt, aveva individuato nel rapporto (al tempo stesso di conflitto e di mutua implicazione) tra giuridicità ispirata a criteri di

chiamata *Einzelfallgerechtigkeit*) non è l'orizzonte unico e forse neanche primario dell'azione della Corte, ciò avviene perché è connaturato alla peculiarità del giudizio incidentale italiano il fatto di essere stato edificato su di un'alternativa in fondo mai del tutto ricomposta o ricomponibile (si potrebbe forse dire, in termini filosofici, un'eccedenza), vale a dire quella tra origine concreta e individuale del giudizio e le sue conseguenze generali e astratte. Questa alternativa però non esprime una contrapposizione, perché quella componente generale e astratta non rimanda a un'oggettività espressiva di una matrice autoritaria e statualistica, perché essa si associa all'"interesse oggettivo della Costituzione [che] non è in rapporto di netta opposizione con quello dei singoli: in larga misura, invece, lo comprende e l'assorbe, perché – almeno in una costituzione come la nostra, ricca di disposizioni sui rapporti materiali connesse con quelle di riconoscimento di diritti – è anche «interesse dei singoli», la protezione degli interessi obbiettivi che appunto nella stessa Costituzione trovano fondamento”⁸².

La giustizia resa dalla giustizia costituzionale, quindi, svolge una funzione correttiva che è in larga parte *auto-integrativa*, nel senso cioè di garantire che l'esercizio degli strumenti processuali si svolga lungo equilibri diversi, al mutare delle circostanze, ma tendenzialmente interni alle coordinate del proprio giudizio, senza con questo poter scongiurare l'eventualità che in determinate occasioni esse vengano più o meno apertamente trascese.

Cogliere in questa chiave l'operato e il significato della giustizia resa dalla giustizia costituzionale non vuol dire però solamente qualificare le regole del processo costituzionale al di fuori di dicotomie forse troppo strette come quella tra procedura e processo⁸³.

In fondo, quella evocata nel testo pare essere una dimensione propria della funzione della giustizia come elemento costitutivo dei sistemi normativi contemporanei.

Si diceva all'inizio come l'approdo allo Stato costituzionale abbia tra-

giustizia (*Rechtmäßigkeit*) e legittimità incarnata dalla certezza del diritto un tratto costitutivo del costituzionalismo novecentesco: *Dottrina dello stato*, cit., 349.

⁸² M. LUCIANI, *Le decisioni processuali*, cit., 230 s. Una diversa idea della “concretezza” è, come si sa, in A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.* 1982, 525 ss.

⁸³ Almeno nel senso che un autentico diritto processuale costituzionale può affermarsi solo nell'ambito di una giurisdizione costituzionale delle libertà, lì dove cioè operi un ricorso individuale diretto: così S.P. PANUNZIO, *Qualche riflessione sulla «elasticità»*, cit., 263.

sformato la funzione dell'appello ad essa. Non è in dubbio come, nelle moderne società, essa abbia perso la capacità e la funzione di incarnare un perfezionismo situato al di fuori dell'ordine sociale o temporale e si sia piuttosto combinata e integrata con le premesse assiologiche incardinate nelle costituzioni e il suo accertamento sia stato demandato *in primis* al circuito istituzionale in un regime di separazione di poteri⁸⁴. Se da un lato ciò non ha impedito che alcune funzioni tradizionali dell'appello alla giustizia venissero riabilitate attraverso le valenze universalistiche e cognitivistiche che si celano dietro il *moral reading of the Constitution*⁸⁵, dall'altro lato la dissoluzione dell'idea di giustizia nelle società complesse ha spinto, in una direzione speculare, a risolvere quest'ultima nelle sole compatibilità interne al sistema normativo garantite dal raggiungimento di una "complessità adeguata del sistema diritto" rispetto alla complessità sociale⁸⁶.

Mi sembra che nessuna di queste due direzioni sia capace di cogliere il senso della giustizia resa dalla Corte costituzionale e, più in generale, il ruolo rappresentato dalle aspettative di giustizia come oggetto di valutazione giuridica nello Stato costituzionale. Forse meno ambiziosa, ma sicuramente più coerente con esso, sarebbe l'idea di cogliere la giustizia nel preciso momento in cui si manifesta e si risolve pragmaticamente la *tensione tra fedeltà alla legge e il suo superamento*⁸⁷. Un piano, questo, che sembra coincidere con i caratteri del sindacato di costituzionalità e i poteri propri del giudice nel momento in cui invoca, per sottrarsi all'obbligo di applicazione della legge, anche un orizzonte di giustizia incarnato dalla saldatura tra un principio costituzionale e una concreta rivendicazione

⁸⁴ Sull'analisi di lungo periodo v. O. HÖFFE, *Giustizia politica. Fondamenti di una filosofia critica del diritto e dello Stato* (1987), Bologna 1995, 377 ss.

⁸⁵ Sulle ambivalenza della riflessione dworkiniana v. O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano 2014, 307 ss.

⁸⁶ N. LUHMANN, *La giustizia nei sistemi giuridici della società moderna*, in ID., *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna 1990, 330 ss. Particolarmente significative, anche alla luce di quanto esposto nelle pagine precedenti, sono le riflessioni di L. intorno alla riduzione della giustizia alla funzione di mantenimento della complessità del sistema normativo rispetto alla generale complessità sociale, la quale tuttavia sarà sempre più elevata, così che "la pressione sociale per l'accrescimento della complessità del sistema giuridico sovraccarica le possibilità decisionali del sistema e le denatura" (333).

⁸⁷ Sulla giustizia (*Gerechtigkeit*) come elemento di mediazione tra *Gesetzestreue* e *Gesetzesüberwindung* v. le ancora attualissime riflessioni di J. ESSER, *Traditionale und postulative Elemente der Gerechtigkeitstheorie* (1977), in ID., *Wege der Rechtsgewinnung*, cit., 431.

portata avanti dal singolo. Ma interroga anche, in una dimensione più profonda, le stesse condizioni di esercizio del potere della Corte costituzionale, soprattutto per come esse si adattano ad una normatività costituzionale che, chiamata costantemente e problematicamente a interagire con la realtà costituzionale (la *normalità* di cui parlava Heller⁸⁸), non può che fatalmente restare aperta agli svolgimenti di essa e all'esperienza.

⁸⁸ L'impostazione helleriana fa discendere dal rapporto tra normalità e normatività precise conseguenze con riguardo al ruolo della giurisdizione costituzionale, la quale, posta di fronte a uno scarto non rimediabile in via interpretativa tra l'una e l'altra (una lacuna assoluta), "può soltanto differire, non eliminare questo problema ..., irrisolvibile per il giurista dogmatico" (412). Pur nella consapevolezza delle trasformazioni che hanno riguardato la natura e il ruolo della giurisdizione di costituzionalità, oggi sicuramente non assimilabili alle variabili che dominavano il dibattito in quegli anni, il tema sembra in fondo non essere mutato, soprattutto nel momento in cui lo stesso Heller osserva come "anche se non è una necessità, nel diritto costituzionale il limite immanente alla norma e il limite che la trascende coincidono. Nel primo caso, ogni tentativo di colmare la lacuna violerà il diritto costituzionale esistente: una soluzione legale del problema sulla base dell'apparato delle norme positive è diventata impossibile. Per contro, il limite trascendente la norma del diritto costituzionale è ravvisabile lì dove, se può essere ipotizzata una decisione legale, l'istanza competente non può tuttavia efficacemente prenderla, o non vuole prenderla" (op. cit., 413).



LA GIUSTIZIA RESA DALLA GIUSTIZIA
COSTITUZIONALE IN NOME DELLA PARI
DIGNITÀ SOCIALE: SOFFERENZA DEI DIRITTI
E INSOFFERENZA PER CHI LI CALPESTA

SOMMARIO: 1. La rete da pesca e la gente di mare. – 2. La giustizia sostanziale e la pari dignità sociale: oltre i diritti sociali, tra art. 2 e art. 3 Cost. – 3. La *vindicatio postestatis* della Corte costituzionale per l’attuazione diretta della Costituzione. – 4. “La rinnovata sensibilità” del “primato che la Costituzione assegna alla libertà personale” ... ma non ancora quella dello straniero... in nome della ragion di Stato. – 5. Lo straniero e la pari dignità nei diritti sociali: *revirement* in nome del “prima gli italiani”? – 6. Regionalismo italiano tra mortificazioni dello Stato sociale e sovranismi. – 7. Autodeterminazione identitaria *vs* rappresentatività: la pari dignità sociale nei rapporti politici. – 8. Autonomia personale a dignità sociale variabile: donne, omosessuali e prostitute. – 9. Dignità e lavoro dipendente.

1. *La rete da pesca e la gente di mare*

Per affrontare il tema della “giustizia resa dalla giustizia costituzionale” propongo di riprendere l’evocativa immagine – suggerita da Guarino in occasione dei primi dieci anni della Corte costituzionale – della Costituzione come una rete da pesca “gettata intorno alla complessa realtà rappresentata dalla vita politica e sociale italiana”¹. Aggiungerei a questa visione quella dei giudici costituzionali come “gente di mare”, custodi di quel “diritto del mare” che – per sopravvivere alle intemperie della politica e dell’economia sganciate da limiti costituzionali – impone di dare in ogni caso precedenza alla persona umana, alla sua esistenza dignitosa e alla sua “pari dignità sociale”².

¹ G. GUARINO, *Dieci anni di vita costituzionale: bilancio e previsioni*, in *Amministrazione civile*, 1958, ora in ID, *Dalla Costituzione all’Unione europea (del fare diritto per cinquant’anni)*, Napoli 1994, II, 319 ss., dove aggiunge che “quanto più i componenti di questa società si agitavano, tanto più, anche se inconsapevolmente, essi venivano ad imprigionarsi nella intricata trama che li avvolgeva”.

² Cfr. G. FERRARA, *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Scritti in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano 1974, 1089-1105.

Questa metafora spero possa offrire un'immagine del rapporto tra la nostra Costituzione – così fortemente connotata dai suoi principi supremi che ne reggono la trama³ – e coloro che sono tenute e tenuti a fare in modo che la rete regga, a ricucirla quando viene lacerata, a rinsaldarla quando si è allentata. Il compito loro affidato è reso più complicato dal fatto che la nostra Costituzione è particolarmente esigente nel panorama del costituzionalismo proprio per la centralità che in essa ha la “pari dignità sociale” quale concetto *chiave e ponte* del principio di uguaglianza. Anche per questo, non di rado, la Costituzione sembrerebbe “più esigente della Corte costituzionale”⁴ visto che talvolta essa non ha ricucito come avrebbe potuto (penso ad esempio alla – si spera pregressa – giurisprudenza sul “coordinamento finanziario”), talaltra si è lasciata sfuggire qualche pesce grosso (quale lo strapotere del Governo, troppo spesso deresponsabilizzato in nome degli obblighi comunitari, “condonato” dall’ord. n. 17 del 2019⁵), talora ha trattenuto pesciolini che meritavano, invece, di svilupparsi ancora in acque libere (la mente va, sempre a titolo esemplificativo, all’inammissibilità del referendum sull’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori).

Lungi da me voler compiere “una specie di processo alla Corte (una «caccia agli errori»)” ma – seguendo l’invito che Vezio Crisafulli formulò in occasione del convegno sui primi vent’anni della Corte costituzionale – cercherò di astenermi anche da ogni “vuota declamazione celebrativa”⁶ per rintracciare piuttosto le “sofferenze” e “insofferenze” della giustizia costituzionale.

Ho tentato di distinguere le due condizioni richiamate, considerando che la sofferenza è la “condizione tormentosa provocata dall’assiduità del dolore” che, nel linguaggio arcaico, indica anche “pazienza e sopportazione”, mentre l’insofferenza esprime, viceversa, l’idea della “suscettibi-

³ Si rinvia da ultimo a M. DELLA MORTE, F. DE MARTINO, L. RONCHETTI (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant'anni*, Bologna 2020.

⁴ Queste le parole di L. ELIA, *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano 1965, 765, in relazione all’autodichia delle Camere.

⁵ *Ex multis* V. ONIDA, *La Corte e i conflitti interni al Parlamento: l’ordinanza n. 17 del 2019*, in *Federalismi.it*, n. 3 del 2019; M. SICLARI, *La legittimazione del singolo parlamentare a sollevare conflitto tra poteri dello Stato e i suoi limiti*, in *www.nomos-leattualitanel-diritto.it*, n. 1 del 2019.

⁶ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent’anni di attività*, Bologna 1978, 70.

lità e impazienza”, ma anche quella della “incapacità di adattamento o di sopportazione”.

2. *La giustizia sostanziale e la pari dignità sociale: oltre i diritti sociali, tra art. 2 e art. 3 Cost.*

Si tenterà di rintracciare e di ricostruire queste due condizioni provando a valutare, in particolare, “quale impatto sulle *promesse di giustizia sociale* contenute nella Costituzione”⁷ stia producendo la giurisprudenza costituzionale. Sebbene la giustizia che deve rendere la Corte costituzionale riguardi l’intera Costituzione, quest’ultima nel suo insieme fonda un ordinamento basato sulla “pari dignità sociale” delle persone⁸. Si tratta di un principio fondamentale *ex art. 3 Cost.*, che cala la dimensione ordinamentale nella concretezza delle relazioni, sia tra le persone in carne e ossa sia nei modi di produzione e riproduzione sociale, così come nelle dinamiche tra le istituzioni esponenziali e rappresentative dell’insieme delle persone che compongono l’ordinamento.

Seguire le sorti del *principio della pari dignità sociale* nella giurisprudenza costituzionale per saggiare la concretezza della giustizia sociale perseguita è certamente una scelta molto ambiziosa, non scontata, che può aspirare dunque solo a risultati parziali e insoddisfacenti. La pari dignità sociale, infatti, se richiama immediatamente la sfera dei diritti sociali, ha una ricaduta innegabile su tutti i diritti esigiti nei vari tipi di rapporti regolati dalla Costituzione, costringendo a considerare anche la giustizia sostanziale nei “rapporti civili”, “economici” e “politici”, oltre che in quelli “etico-sociali” fino a coinvolgere i rapporti tra le istituzioni. Anche per questo è il principio che collega la ragionevolezza con l’eguaglianza sostanziale, verso il “compito” ultimo della Repubblica: sia il pieno sviluppo della personalità che l’effettiva partecipazione (art. 3, comma 2, Cost.). Nonostante la consapevolezza della insufficienza dei risultati della presenti riflessioni, resta indiscutibile che la giustizia sociale senza la garanzia di una pari dignità sociale si fermerebbe sulla soglia dell’uguaglianza formale rinunciando al perseguimento di quella sostanziale.

⁷ Secondo le parole utilizzate dal comitato scientifico del Convegno nella *Call for papers* pubblicata.

⁸ Si rinvia al bel contributo di A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell’ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2019.

La Corte costituzionale ha compiuto un percorso simile valorizzando un altro principio fondamentale, quel bellissimo articolo 9 la cui “tutela del paesaggio”, combinata proprio con il principio dello sviluppo della persona e della funzione sociale della proprietà, trova specifica attuazione nella nuova configurazione dei “diritti di usi civici” basata sulla “connessione inestricabile dei profili economici, sociali e ambientali” secondo una giustizia sostanziale che, a partire dalla sentenza n. 210 del 2014, ha continuato a svilupparsi fin di recente⁹.

Il richiamo alla decisione del 2014 consente d'introdurre un sintomo privilegiato della “sofferenza” della Corte costituzionale: la sostituzione del relatore con il redattore¹⁰. Non intendo affrontare il tema in sé della dissociazione tra relatore e redattore e delle sue discusse “affinità” con la *dissenting opinion*¹¹, ma di darne conto in quanto fenomeno che racconta qualcosa in termini di “giustizia sociale controversa”: questo è il caso di due decisioni sul rapporto tra prestazioni sociali, anzianità di residenza sul territorio e stranieri (la sent. n. 222 del 2013 e la recente sent. n. 50 del 2019); si ritrova nella già richiamata sentenza n. 26¹² d'inammissibilità del referendum abrogativo del c.d. *Jobs Act* resa nel 2017¹³; è inciampata

⁹ Si tratta di una giurisprudenza particolarmente meritevole di apprezzamento, sulla quale in questa sede non potrò soffermarmi. Le ultime due *Relazioni annuali dei Presidenti della Corte costituzionale* disponibili nel sito *cortecostituzionale.it* dedicano attenzione al tema. Quella del Presidente G. LATTANZI del 21 marzo 2019 cita diffusamente la tutela dell'uso civico e della proprietà collettiva (sentt. nn. 113 e 178 del 2018; su quest'ultima decisione cfr. F. POLITI, *Una sentenza storica in materia di usi civici e proprietà collettive?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 3 del 2018, 1275). Anche l'ultima Relazione resa da P. GROSSI nel 2018 valorizza il tema, affrontato da egli stesso tre volte come Presidente e due come relatore nonché dal suo vice Aldo Carosi ben cinque volte come relatore, con una giurisprudenza molto garantista per la tutela di tali diritti (in particolare cfr. la sent. n. 103 del 2017) alla luce della legge n. 168 del 2017.

¹⁰ Udito nell'udienza pubblica del 20 maggio 2014, il Giudice relatore Giuliano Amato è sostituito per la redazione della decisione dal Giudice Giancarlo Coraggio.

¹¹ Da ultimo, cfr. S. PANIZZA, *I casi di dissociazione tra giudice relatore e giudice redattore come fattore di emersione del dissenso nelle pronunce della Corte costituzionale. Un primo bilancio di quindici anni di esperienza*, in P. CARROZZA, V. MESSERINI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, A. SPERTI, R. TARCHI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa, 15 dicembre 2017, Pisa 2018, 213 ss. Per un inquadramento teorico si rinvia a A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno sguardo comparato*, Napoli 2016.

¹² Udita nella camera di consiglio dell'11 gennaio 2017, il Giudice relatore Silvana Sciarra è sostituita per la redazione della decisione dal Giudice Giorgio Lattanzi.

¹³ Sulla sent. n. 26 del 2017 cfr. M. DELLA MORTE, *Licenziamenti illegittimi e discrezionalità della Corte: un'ammissibilità controversa*, in *Federalismi.it*, n. 7 del 2017; R. CALVANO, *Il quesito referendario sull'art. 18. Corte e promotori tra giudizio di ammissibilità*

nella dissociazione del relatore anche un'ordinanza d'inammissibilità in tema di tecniche di fecondazione assistita, la n. 369 del 2006¹⁴, che arrivava subito dopo l'elevazione della legge n. 40 del 2004 al super rango di "normativa costituzionalmente necessaria" (sent. n. 45 del 2005), a sua volta frutto di avvicendamento del giudice¹⁵.

Si tratta di casi in cui è messa in discussione la pari dignità sociale degli stranieri, dei lavoratori, delle donne quali soggetti di diritto su cui storicamente può misurarsi il grado di inclusività dell'ordinamento; sono casi in cui la giustizia resa non è quella sociale domandata: ragion di stato o cultura costituzionale lontana dalle domande di giustizia sociale che attraversano la società, tanto da suscitare all'interno della Corte costituzionale un dissenso tale da voler apparire pubblicamente, sebbene silenziosamente. Come interpretare, invece, la redazione a otto mani¹⁶ della sentenza n. 194 del 2019 sull'ennesimo provvedimento di necessità e urgenza (il "decreto sicurezza") in tema di altro principio fondamentale, il diritto di asilo *ex art. 10, comma 3*? Potrebbe trattarsi di mera questione tecnica dovuta alla scissione e riunione dei ricorsi per questioni di legittimità, ma anche di una dichiarazione di compattezza che non ha incontrato alcuna opposizione interna o, invece, essere espressione di un più intenso controllo incrociato rispetto alle motivazioni utilizzate in un consesso diviso sulla questione o, addirittura, una forma di protezione

e politica, in *Diritti Lavori Mercati*, n. 1 del 2017, 187 e C. DE FIORES, *Art. 18: un 'referendum' inammissibile nonostante i precedenti*, *ivi*, 195.

Il 2017 è peraltro l'anno della famosa sent. n. 262 sull'autodichia con il suo altrettanto noto cambio di giudice, su cui cfr. R. IBRIDO, *"Il meglio deve ancora venire"*. *La sentenza sull'autodichia e la "dissenting opinion" del giudice Amato*, in *diritticomparati.it*, 2018. In tale decisione la Corte si è pronunciata su due conflitti interorganici promossi dalla Corte di Cassazione nei confronti del Senato della Repubblica e della Presidenza della Repubblica con riferimento alle rispettive disposizioni regolamentari che disciplinano la tutela giurisdizionale nelle controversie di lavoro dei dipendenti: il giudice relatore Giuliano Amato è stato sostituito nella redazione della decisione dal giudice Nicolò Zanon.

¹⁴ Udito nell'udienza pubblica del 24 ottobre 2006, il Giudice relatore Alfio Finocchiaro non redasse questa decisione, redatta dal Giudice Vaccarella, sebbene altre decisioni importanti in materia saranno redatte dal giudice Finocchiaro.

¹⁵ Udito nella camera di consiglio del 10 gennaio 2005 il Giudice relatore Franco Bile, ne fu redattore il giudice Ugo De Siervo.

Questa sentenza dichiarava l'inammissibilità del referendum totalmente abrogativo della legge n. 40 del 2004 che, invece, ha subito successivamente incisivi annullamenti da parte della giustizia costituzionale. Il progressivo smontaggio di una delle leggi più invasive dell'autodeterminazione riproduttiva delle donne si è arrestato con la decisione di rigetto n. 221 del 18 giugno 2019 sul divieto di accesso alle PMA alle coppie lesbiche su cui si rinvia oltre.

¹⁶ Marta Cartabia – Daria De Pretis – Nicolò Zanon – Augusto Barbera, Redattori.

del singolo giudice di fronte a un potere politico sempre più determinato nel rivendicare pieni poteri e pronto ad attaccare ogni forma di limitazione.

Al di là del tipo di “giustizia” resa in quest’ultimo caso, tuttavia, rendere giustizia sostanziale non significa in sé far oscillare “il pendolo verso l’anima politica della Corte rispetto a quello giurisdizionale¹⁷”, quanto piuttosto custodire la Costituzione in tutte le sue norme, anche le più scomode e le più impegnative per il potere politico¹⁸. Per dirla con Ruotolo, “rendere giustizia costituzionale” si sostanzia nell’«inveramento del principio di legittimità costituzionale: evitare situazioni di maggiore incostituzionalità, assicurare una “situazione normativa” conforme a Costituzione»¹⁹.

Come è noto, vi è una differenza saliente tra mediazione e moderazione del conflitto degli interessi e tra chi ritiene che la giustizia costituzionale rientri nella prima²⁰ e chi nella seconda²¹. A me pare che l’oscillazio-

¹⁷ Per riprendere l’espressione di R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro. Un Convegno per ricordare Alessandro Pizzorusso*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso*, cit.

¹⁸ Secondo G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, 2, la parola “giustizia” è utilizzata “sia per designare un’idea etico-filosofica (la giustizia) sia il concreto operare dei giudici (rendere giustizia)”, oltre all’apparato giudiziario in sé, e proprio “l’uso promiscuo del termine giustizia fatto dalla Costituzione italiana” segnala l’impossibilità “di escludere dal campo della giuridicità ogni riferimento ad elementi di valutazione e di giudizio non deducibili dalle norme poste ed imposte dall’autorità detentrici del potere effettivo di comando”.

¹⁹ 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 *Rivistaic.it*, n. 2 del 2019. Proprio M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Convegno scientifico 19-20 maggio 2016 presso la Corte costituzionale, Milano 2017, 592. In questo senso penso vadano interpretate le parole della *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, marzo 2019, 13-14, che a proposito dei diritti dei detenuti invitava, a fronte della latitanza del legislatore, a svolgere un’attività “maieutica” ricavando i principi e le regole necessarie all’attuazione della Costituzione, “è sembrato sempre più inconcepibile che, proprio laddove vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona innanzi alla potestà punitiva pubblica, la Corte debba arrestare il proprio sindacato nei confronti di disposizioni costituzionalmente illegittime, che offendono la libertà personale. In queste ipotesi, una rinnovata sensibilità impone di rinvenire nella giustizia costituzionale meccanismi adeguati per cancellare la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando il più possibile la discrezionalità legislativa. Ma deve restare chiaro che è il primo obiettivo a costituire la ragione fondamentale della giurisdizione costituzionale”.

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977, 350.

²¹ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma 1984.

ne tra quella e questa sia caratteristica tipica, per quanto discutibile, della giustizia costituzionale che dovrebbe limitarsi a comporre gli interessi alla luce della normatività della Costituzione²². In ogni caso la Corte avrà una sua “forza” e una sua “influenza” politica²³, ma sta ad essa usarle per i fini consentiti dall’ordinamento costituzionale, in nome della sua stessa ragione d’esistenza.

L’interrogativo che sorregge le presenti riflessioni, in particolare, è quanto la Corte costituzionale, nel comporre gli interessi alla luce della normatività della Costituzione, abbia garantito il principio della pari dignità sociale che sorregge tutte le altre norme costituzionali. Nello sviluppare la riflessione resta inteso che la tendenza a ricorrere all’art. 2 Cost. in chiave espansiva dei diritti non può controbilanciare in alcun modo un abbassamento delle pretese ai sensi dell’art. 3, comma 2. Non solo perché l’ampliamento dei diritti dal punto di vista quantitativo non giustifica la riduzione qualitativa degli stessi²⁴, ma perché, come vedremo, i diritti che poggiano sull’art. 2 Cost. senza una stretta connessione con la pari dignità sociale rischiano di fornire protezioni succedanee. Su questo si tornerà a proposito delle unioni civili per omosessuali *ex art. 2* e il perdurante divieto di accesso alle tecniche di fecondazione assistita per le lesbiche, deciso dalla recente sentenza n. 221 del 2019²⁵.

Questi due principi supremi – art. 2 e art. 3 Cost. – devono essere strettamente interconnessi per costituire quelle “valvole respiratorie dell’intero ordine giuridico”²⁶. Per dare respiro alla Costituzione, tuttavia, non potrà mai essere sufficiente la Corte costituzionale da sola, per quanto vitale e attiva essa si renda, ma è necessaria la leale collaborazione non solo nei rapporti verticali, ma anche “fra i soggetti sociali e rivalutando il ruolo di quei corpi intermedi che oggi destano sovente tanta insoffe-

²² *Bilanciamento come composizione d’interessi?* è l’interrogativo discusso in G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I, *Storia, principi e interpretazioni*, Bologna 2018, 133.

²³ T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano 1957, ora in ID., *Opere*, I, *Teoria generale*, Milano 2000, 112 ss. e 206 ss., la chiamava la questione della «forza politica» della Corte costituzionale, perché esercita una notevole «influenza politica» sull’ordinamento.

²⁴ M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, cit., anticipata in *Rivistaaic.it*, n. 3 del 2016, 16.

²⁵ Cfr. B. PEZZINI, A. LORENZETTI (a cura di), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138/2010: quali prospettive?*, Napoli 2011.

²⁶ P. GROSSI, *L’invenzione dell’ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, cit., 2.

renza”²⁷. Anche se non è questa la sede per parlare degli altri protagonisti del progetto costituzionale, la tenuta della Costituzione è un tutt’uno con la nostra democrazia e ogni passo, per quanto approssimativo, della Corte nella direzione di una piena attuazione della Costituzione contribuirà a rafforzare l’ordinamento democratico del nostro paese²⁸.

Certamente la Costituzione è duttile e flessibile, ma la sua ragion d’essere non può essere sovvertita: la Costituzione è dalla parte di chi ha bisogno, di chi è alla ricerca di una pari dignità sociale di fronte a chi è già forte di una dignità sociale indiscussa. Detto altrimenti, se si dà effettività alla pari dignità sociale, si rende giustizia sostanziale. Se qualche posizione o situazione giuridica è stata considerata meritevole financo di un inedito e più incisivo interventismo della giustizia costituzionale in nome della “superiore legalità costituzionale”²⁹, in altre occasioni, invece, financo gli ordinari poteri di un organo quale la Corte costituzionale non si sono posti a servizio dell’espansione della pari dignità sociale. Si tenterà, dunque, di indicare in quale direzione la Corte potrebbe rendere maggiormente effettivo il percorso di inveroimento della giustizia sostanziale rinvenibile nella nostra Costituzione, fondata sulla pari dignità sociale di ogni soggetto.

3. *La vindictio potestatis della Corte costituzionale per l’attuazione diretta della Costituzione*

A tal proposito si pone lo scabroso tema del “ruolo condizionante” che possono avere avuto “la necessità e la ragion di Stato”³⁰ nella giurisprudenza costituzionale, condizionamento che ha toccato il suo apice con la decisione sulle intercettazioni del Presidente della Repubblica, non a caso sentenza con doppio redattore (sent. n. 1 del 2013)³¹. Proprio nel richiamato convegno aperto da Crisafulli, Zagrebelsky parlò di fun-

²⁷ M. LUCIANI, *cit.*, 16.

²⁸ Sulla sostanziale identificazione tra le ragioni della democrazia e l’attuazione della Costituzione cfr. G. AZZARITI, *Corte e democrazia*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale* – Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro – Atti del Seminario svoltosi a Pisa il 4-5 giugno 2010, Torino 2011, 111 ss.

²⁹ G. AZZARITI, *La superiore legalità costituzionale è in crisi?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2003.

³⁰ Secondo le parole utilizzate dal comitato scientifico del Convegno nella *Call for papers* pubblicata.

³¹ Gaetano Silvestri e Giuseppe Frigo, Redattori. Cfr. L. CARLASSARE, *La riservatezza*

zione positiva della giurisprudenza quando «non ha avuto indulgenze verso la “ragione di stato”»³², senza alcun “sentimento di inferiorità e subordinazione”, ma con la “consapevolezza dei limiti intrinseci al ruolo di un organo non politico”³³. È lecito, dunque, domandarsi se e quando la Corte abbia avuto un “ruolo gregario rispetto al corso determinato nelle sedi politiche vere e proprie”³⁴, ovvero viceversa abbia saputo dimostrare quella “vitalità”³⁵, di cui parlava Mortati, che porterebbe la Corte a rendere giustizia sostanziale.

Qualche anno dopo queste considerazioni, Cheli introduceva un confronto sul tema proprio tra Zagrebelsky e Modugno, affermando che “la funzione propria di ciascun sistema di giustizia costituzionale tenda a configurarsi quale elemento di raccordo – come una *sorta di giunco elastico* – tra sfera legislativa e sfera giurisdizionale, tra indirizzo e controllo”³⁶. Crisafulli aveva usato un’espressione molto meno serafica, parlando della Corte come di un vero e proprio “terzo incomodo” tra potere legislativo e potere giudiziario³⁷. In particolare con il primo allora, come oggi, vi erano “incomprensioni e tensioni persistono”³⁸. Parole che esprimono un forte disagio, se non una vera sofferenza e insofferenza, di fronte alle quali è bene mettere in evidenza, oltre alle ombre³⁹, anche le “zone di

del Presidente fra ragioni del caso e salvaguardia dei principi, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1 del 2013, 59.

³² G. ZAGREBELSKY, *Corte costituzionale e principio d’uguaglianza*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, cit., 116-117.

³³ G. ZAGREBELSKY, *ult. op. cit.*, 118, attingendo a “un complesso di valori comuni larghissimamente accettati” quali “pluralismo politico ideologico e sociale; al rispetto delle minoranze e alla garanzia del dissenso; all’articolazione e diffusione del potere e degli strumenti per il suo controllo; al superamento dei residui socialmente discriminatori presenti ancora nella nostra legislazione, alla promozione del livellamento delle distanze che separano le componenti della nostra società e così via”.

³⁴ Corso temuto G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., 377, che può avvenire anche per il “solo cambiamento di alcuni uomini al suo interno”.

³⁵ C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti per la sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, 69.

³⁶ E. CHELI, *Introduzione*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna 1982, 12. Dal notissimo dibattito ora evocato emerse che la Corte ha “mirato a realizzare alcune linee precise di politica costituzionale” caratterizzate da “forte continuità”: innanzitutto, “consolidamento della propria presenza e ampliamento della propria sfera di incidenza”; “uso flessibile degli strumenti processuali”; “variabilità degli interlocutori politici”.

³⁷ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, cit., 74.

³⁸ V. CRISAFULLI, cit., 75, su *interna corporis* e procedimento di formazione delle leggi.

³⁹ V. CRISAFULLI, cit., 86, affermava che “ci sono ombre; ma ci sono anche, e pre-

luce” “per realizzare quella collaborazione dialettica tra chi fa le leggi e chi è chiamato a controllarne la costituzionalità”⁴⁰.

In questa dialettica nella fase più recente può cogliersi una nuova postura assunta dalla Corte costituzionale che procede con un implicito doppio “conflitto tra poteri” a fronte di una non leale e non fattiva collaborazione da parte degli altri poteri o enti nell’attuazione della Costituzione: da un lato, lamentando una menomazione del proprio ruolo di garante della Costituzione e, dall’altro, procedendo con una sorta di *vindicatio potestatis* della diretta applicazione della superiore legalità costituzionale⁴¹ davanti all’inerzia o all’inadempienza e financo all’insipienza del potere legislativo⁴².

La giustizia costituzionale spesso ha usato parole altisonanti contro il cattivo esercizio del potere legislativo. Dagli auspici e moniti⁴³, passando per gli avvertimenti (come quel finale “in altre situazioni una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari potrebbe porta-

valgono, zone di luce” per celebrare i vent’anni della Corte costituzionale, prima che per i suoi cinquant’anni si riflettesse, invece, sulle sue “zone d’ombra”: R. BALDUZZI, P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino 2007, ove A. RUGGERI, *Introduzione*, *ivi*, 3, afferma che «il nostro sistema di giustizia costituzionale presenta, praticamente in ogni sua parte, accanto a molte luci non poche né poco estese “zone d’ombra” (...) Quel che è certo è che si vorrebbe una giustizia costituzionale ancora più ferma (o meno oscillante...), penetrante persino negli angoli più reconditi dell’ordinamento e dell’esperienza costituzionale, e – soprattutto – giusta».

⁴⁰ V. CRISAFULLI, *cit.*, 86.

⁴¹ P. CARETTI, *La giustizia arbitrata: una riflessione sulla legittimazione della giurisdizione*, in A. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Vol. 1, Torino 2016, 446 ss., in particolare 448-449, spiega la stretta relazione che intercorre tra prescrittività della Costituzione e pluralismo nel processo di “rottura della separazione tra ordine legale e ordine costituzionale” facendo sì che “il ruolo della funzione giurisdizionale mut[i] nello Stato costituzionale pluralista per effetto della ricucitura tra ordine legale e costituzionale e della diretta applicabilità della Costituzione alla realtà sostanziale”.

⁴² In questo senso sembrerebbero andare le parole di G. LATTANZI, nella sua *Relazione 2018*, *cit.*, 8, quando afferma che “il dovere della Corte di offrire un’indefettibile tutela, non solo quando sono state prodotte disposizioni costituzionalmente illegittime, ma anche quando la Costituzione impone un obbligo di normare, con più o meno ampia discrezionalità, uno o più settori della vita sociale, dai quali la legge si è indebitamente ritratta (...) Nei casi in cui, tuttavia, la Costituzione impone di adottare una certa disciplina, con l’effetto che il vuoto normativo è esso stesso costituzionalmente illegittimo, allora cessa la discrezionalità sull’*an* e, in taluni casi, sul *quando* stesso della scelta legislativa”.

⁴³ Raccolti dalla stessa Corte costituzionale nello studio *Dialogo con il legislatore e gli organi di governo: moniti, auspici, inviti e richiami nella giurisprudenza costituzionale del 2018*, a cura di Riccardo Nevola, Servizio Studi della Corte costituzionale, febbraio 2019, che segnala varie decisioni che in molti casi rientrano nella fisiologica dialettica tra Corte costituzionale e legislatore.

re a esiti differenti” dell’ord. n. 17 del 2019), non sono mancate chiare “insofferenze” della Corte costituzionale⁴⁴.

L’ordinanza Cappato del 2018 è l’evoluzione della condizione d’insofferenza, sfociata in una vera e propria *diffida a provvedere* nel termine da essa stessa stabilito tramite la “prospettazione di incostituzionalità”, per poi arrivare alla sostituzione del potere legislativo – responsabile di ignavia e latitanza – *ex* pronuncia costituzionale con la recentissima sentenza sulla non punibilità in alcuni casi circostanziati dell’aiuto al suicidio di chi sia già determinato a togliersi la vita (sent. n. 242 del 2019).

Non sempre, però, alle parole forti sono seguiti fatti rilevanti. È particolarmente chiaro quanto la ragion di Stato sotto forma della ragion dell’Unione europea abbia influito sull’ord. n. 17 del 2019 che, in fin dei conti, salva l’estremizzazione della questione di fiducia posta su maxiemendamento alla legge di bilancio, ma intende controbilanciare tale svilimento della dignità del Parlamento riconoscendo ai singoli rappresentanti della Nazione la qualità di poteri dello Stato.

Di certo in tal modo si amplia ulteriormente lo spazio per le domande di giustizia costituzionale. Per provare a considerare “quale impatto sulle *promesse di giustizia sociale* contenute nella Costituzione”⁴⁵ stia producendo la giurisprudenza costituzionale è necessario, infatti, mettere a confronto le “domande” emerse con le “risposte di giustizia costituzionale”⁴⁶. Negli ultimi anni, tuttavia, le domande di giustizia costituzionale sono diminuite assai, quasi a segnalare una “perdita di aspettative” nei confronti del ruolo riparatore della Corte costituzionale. In questa chiave può leggersi l’inedita apertura a raccogliere più “domande” di giustizia, allargando le maglie dell’ammissibilità e, dunque, in qualche modo riaccentrando il sindacato costituzionale: in tal senso va il nuovo indirizzo sull’interpretazione conforme⁴⁷, la praticata “esigenza di fugare zone

⁴⁴ Per restare alla recente giurisprudenza, ad esempio, quando giudica “ineludibile e grave” “il danno alla collettività” causato dalla sanzione inflitta all’Italia solo perché la documentazione relativa alla *bonifica della discarica “Razzaboni”*, intervenuta sin dal 2009, è stata trasmessa alla Commissione europea non prima del 2016 (sent. n. 28 del 2018) o quando definisce “renitenza” il “perdurante rifiuto” delle Regioni a statuto speciale di stipulare gli accordi per quantificare l’ammontare del contributo al risanamento della finanza pubblica gravante su ciascuna Regione con “atteggiamenti dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui o insufficientemente motivati” (sent. n. 103 del 2018).

⁴⁵ Secondo le parole utilizzate dal comitato scientifico del Convegno nella *Call for papers*.

⁴⁶ P. GROSSI, *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2017*, in *cortecostituzionale.it*, 2018, 1.

⁴⁷ Come ben sintetizzato dalla sent. n. 15 del 2019 “la più recente giurisprudenza di

d'ombra nel controllo di costituzionalità (...) quale tratto costitutivo del sistema di giustizia costituzionale” (sent. n. 196 del 2018), la prospettata doppia pregiudizialità (sent. n. 20 del 2019) e, soprattutto, l'abbandono dell'*horror vacui* in caso di accoglimento della questione per rimediare a un “*vulnus* costituzionale” (sent. n. 88 del 2018⁴⁸).

Quanto di questa innovativa politica costituzionale si è posta al servizio del rafforzamento della pari dignità sociale? Talvolta, ma non quanto avrebbe potuto.

Recentissima, infatti, è anche la dichiarazione d'inammissibilità relativa ai contributi per l'editoria proprio ricorrendo all'argomento dell'assenza di un'indicazione quantitativa quale “soluzione implicita nell'ordinamento” (sent. n. 206 del 2019)⁴⁹. Soprattutto in questa decisione, oltre all'inammissibilità in relazione al principio di ragionevolezza, si dichiara anche l'infondatezza della questione sul definanziamento all'editoria da parte della Presidenza del Consiglio in relazione al secondo comma dell'art. 3⁵⁰: il pluralismo – espressione della pari dignità sociale – formalmente è preservato, dunque, ma sostanzialmente se e quanto lo decide il Presidente del Consiglio.

questa Corte esclude che il mancato ricorso da parte del giudice a quo ad un'interpretazione costituzionalmente orientata possa essere causa d'inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale, quando vi sia un'adeguata motivazione circa l'impedimento a tale interpretazione, in ragione del tenore letterale della disposizione (sentenze n. 194, n. 69 e n. 42 del 2017; n. 221 del 2015)”.

⁴⁸ Riguardante «la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio effettivo a fronte della violazione della ragionevole durata del processo, [...] la “priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario” (sent. n. 30 del 2014)».

⁴⁹ “Le imprese editrici, da un lato, sono destinatarie di norme che le vedono come titolari di diritti rispetto all'allocazione delle risorse in questione; dall'altro, sono esposte al rischio di un parziale o addirittura totale taglio delle risorse stesse. Il sistema è dunque affetto da una incoerenza interna, dovuta a scelte normative che prima creano aspettative e poi autorizzano a negarle. È allora evidente che in un settore come quello in esame, caratterizzato dalla presenza di un diritto fondamentale, vi è l'esigenza che il quadro normativo sia ricondotto a trasparenza e chiarezza, e in particolare che l'attribuzione delle risorse risponda a criteri certi e obiettivi”.

⁵⁰ Il secondo comma dell'art. 3 Cost., il quale impone di “«rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Ma tale esigenza non sussiste nel caso in esame, in cui i presidi offerti dall'ordinamento a tutela del pluralismo informativo e del mercato risultano idonei ad assicurare tale valore, cosicché la garanzia del pur fondamentale diritto in questione non impone l'intervento finanziario dello Stato”.

Apparentemente più comprensibile sarebbe l'inammissibilità dei ricorsi regionali avverso il decreto legge "sicurezza" n. 113 del 2018 per ridondanza nella lesione di competenze che, al netto degli spazi ristretti, verteva tuttavia proprio su un caso manifesto di *vulnus* costituzionale per mancata attuazione (tramite abrogazione) dell'effettiva portata del diritto di asilo (sent. n. 194 del 2019).

Ciò consente di aggredire il tema della giustizia sociale e Corte costituzionale, tra ragionevolezza e pari dignità sociale, con la sensazione di un permanente patimento di quest'ultima che, per rendere giustizia sostanziale, pretende bilanciamenti ineguali a difesa delle condizioni di maggiore vulnerabilità determinate da rapporti di potere impari⁵¹.

4. *"La rinnovata sensibilità" del "primato che la Costituzione assegna alla libertà personale"*⁵² ... ma non ancora quella dello straniero... in nome della ragion di Stato

Il terreno in cui recentemente si è più stretta la rete da pesca, come è noto, è quella della materia penale nella quale la Corte è partita dall'invito, passando per la richiesta, per arrivare infine alla pretesa di collaborazione del legislatore, pena una dichiarazione di incostituzionalità accompagnata da esercizio di potere sostitutivo. Il tutto in nome dell'attuazione della Costituzione.

È proprio sul discutibile rapporto tra libertà personale e ricchezza che Gianni Ferrara – chiamato, insieme a Zagrebelsky, a discutere di Corte costituzionale e principio d'uguaglianza – non risparmiò di "esprimere un dissenso motivato rispetto a quanto emerge dalla giurisprudenza della Corte in tema di eguaglianza"⁵³ nella quale, tra l'altro, a suo dire la norma penale eguale per tutti diventava "un po' più uguale per i condannati solvibili"⁵⁴. Sotto questo profilo la Corte ha oggettivamente affinato il controllo sul sistema delle pene pecuniarie, soprattutto

⁵¹ Cfr. M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino 1990, 380 ss. e G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Roma Bari 2013.

⁵² G. LATTANZI, *Relazione Giurisprudenza costituzionale 2018*, cit., 14.

⁵³ G. FERRARA, *Corte costituzionale e principio d'uguaglianza*, in N. OCCHIOCUPO (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, cit., 89.

⁵⁴ G. FERRARA, *ult. op. cit.*, 95. Ragionevole secondo la sentenza n. 29 del 1962 è che "si attui sulla libertà personale del condannato quell'esecuzione della pena che è risultata impossibile sui suoi averi".

to in caso siano predeterminate nel loro ammontare e comunque non proporzionate alle condizioni economiche dei destinatari delle stesse (sent. n. 233 del 2018).

Ferrara indicò “un vizio di fondo nella logica seguita dalla Corte, se con la sua giurisprudenza ha reso l’articolo 3 della Costituzione irricognoscibile”⁵⁵ perché, a suo giudizio, la “prima operazione di logica interpretativa operata dalla Corte costituzionale è stata quella di tener ben distinto il precetto contenuto nel primo comma da quello espresso nel secondo comma” mentre “leggere insieme le due espressioni normative avrebbe significato (...) unire Kant e Marx”⁵⁶. Secondo la critica di Ferrara, la trasformazione delle ragioni dell’uguaglianza in “ragionevolezza” svilisce il principio *ex art. 3*, riducendolo alla mera funzione di “accertare la coerenza interna di una operazione di logica normativa”⁵⁷ e, dunque, perdendo di vista la giustizia sociale sottesa.

Eppure, financo nella sua mera “postura ragionevole”, la Corte avvertiva già l’insita tensione con il legislatore, come rilevava Zagrebelsky⁵⁸. Baldassarre anzi convenne che «l’analisi dell’uso della “ragionevolezza” si presta più di ogni altra al fine di individuare la collocazione della Corte costituzionale nell’assetto dei poteri dello Stato e di determinare, quindi, la funzione politica oggettivamente assolta da essa in quest’ambito»⁵⁹. Baldassarre, soprattutto, ricollocava la questione all’interno della forma di Stato⁶⁰, uno stato sociale costituzionale che riconosce e garantisce i diritti fondamentali alla persona in quanto tale e richiede i doveri inderogabili di solidarietà che la Corte dovrebbe far valere.

Ancora nel 2018, infatti, il parametro più ricorrente nella giurisprudenza costituzionale è proprio l’art. 3⁶¹, prevalentemente sotto forma di ragionevolezza, ma non solo.

⁵⁵ G. FERRARA, *cit.*, 90.

⁵⁶ G. FERRARA, *cit.*, 90.

⁵⁷ G. FERRARA, *cit.*, 98.

⁵⁸ Nello stesso convegno G. ZAGRELESKY, *Corte costituzionale e principio d’uguaglianza*, *cit.*, 105, richiama la sentenza n. 53 del 1958 laddove la Corte si premura di assicurare che “non si compiono valutazioni di natura politica e nemmeno si controlla l’uso del potere discrezionale del legislatore, se si dichiara che il principio di eguaglianza è violato quando il legislatore assoggetta a una indiscriminata disciplina situazioni che esso considera e dichiara diverse”.

⁵⁹ A. BALDASSARRE, *Intervento*, in OCCHIOCUPO, *cit.*, 121.

⁶⁰ A. BALDASSARRE, *cit.*, 123, il principio della ragionevolezza “deriva da un certo tipo di Stato”.

⁶¹ P. GROSSI, *Relazione 2018*, *cit.*, 8.

Con “rinnovata sensibilità”⁶² la Corte ha adottato in materia penale interventi più incisivi, financo *in malam partem*, che circoscrivono la discrezionalità del legislatore. Prendo ad esempio la sentenza n. 236 del 2018 in tema di condotte violente poste in essere nell’ambito di contesti familiari o comunque affettivi. La disciplina è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui prevedeva che le condotte lesive consumate dal genitore nei confronti del figlio adottivo fossero di competenza del tribunale ordinario e non altrettanto anche quelle tenute in danno del figlio naturale, con la conseguenza ulteriore di non rendere in quest’ultimo caso applicabile la misura dell’allontanamento dalla casa familiare dell’autore della violenza⁶³. La Corte dichiara illegittima tale previsione per violazione dell’art. 3 sebbene, in tal modo, “irrigidisca” la disciplina, così come in altri casi abbia individuato a “rime obbligate” una soluzione che, come sottolinea, è “ovviamente soggetta a eventuali rivalutazioni da parte del legislatore” (sent. n. 222 del 2018). Analogamente si è espressa nella sentenza di accoglimento n. 40 del 2019 sulle pene in tema di stupefacenti preannunciata dal “monito” dell’ordinanza n. 179 del 2017⁶⁴.

Più in generale la Corte in materia penale è fuoriuscita dalle strettoie della ragionevolezza perché ha esteso “il proprio sindacato anche a ipotesi in cui la pena comminata dal legislatore appaia manifestamente sproporzionata (...) in rapporto – *direttamente* [corsivo nostro] – alla gravità delle condotte abbracciate dalla fattispecie astratta⁶⁵” (sent. n. 112 del

⁶² G. LATTANZI, *Relazione* 2019, *cit.*

⁶³ Sconcertante in materia è che “nel sistema rimane, discutibilmente, ancor oggi più grave l’omicidio del figlio naturale rispetto a quello del figlio adottivo (sentenza della Corte di cassazione n. 9427 del 2018 citata). Il diverso regime dell’aggravante si fonda sul presupposto della “consanguineità”, risultante – in via eccezionale, quale precipitato di concezioni antiche – dalla contrapposizione tra «discendente» e «figlio adottivo»” (sent. n. 236 del 2018).

⁶⁴ “L’intervento di questa Corte non è ulteriormente differibile, posto che è rimasto inascoltato il *pressante invito* rivolto al legislatore” (sent. n. 40 del 2019), che era stato richiamato “prioritariamente (...) alla propria responsabilità” affinché procedesse «rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell’art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990», anche in considerazione «dell’elevato numero dei giudizi, pendenti e definiti, aventi ad oggetto reati in materia di stupefacenti» (sentenza n. 179 del 2017).

Da ultimo, ma non per importanza, deve aggiungersi che la questione in esame attiene a diritti fondamentali, che non tollerano ulteriori compromissioni, ragion per cui reiterate sono state le richieste di intervento rivolte a questa Corte dai giudici di merito e di legittimità”.

⁶⁵ “Senza che sia più necessaria l’evocazione di alcuno specifico *tertium comparatio-*

2019). Così si esce dalla razionalità interna alla legge e ci si radica su un'idea di libertà personale inviolabile, che non tutte le condotte considerate con disvalore dalla maggioranza parlamentare *pro tempore* possono restringere in modo insindacabile.

Altrettanto vale per gli stranieri? La loro dignità sociale nella libertà è pari?

La risposta sembrerebbe banale dopo che nel 1967 (sent. n. 120) proprio la Corte costituzionale aveva dichiarato che, nonostante la lettera dell'art. 3 Cost., il principio di uguaglianza si rivolge anche allo straniero: “se è vero che l'art. 3 si riferisce espressamente ai soli cittadini, è anche certo che il principio di eguaglianza vale pure per lo straniero quando trattisi di rispettare quei diritti fondamentali” in una lettura, che ha fatto la storia dell'interpretazione costituzionale, combinata con l'art. 2 e con l'art. 10, comma 2, Cost. Non dimentichiamo, però, che questa sentenza – nonostante sia la capostipite di una giurisprudenza fondativa di quella “cittadinanza costituzionale”⁶⁶ intesa come la condizione giuridica che accomuna tutte le persone raggiungibili dall'efficacia delle norme della Costituzione perché presenti sul territorio, a prescindere dalla cittadinanza – allora ritenne non viziata la previsione solo e soltanto per lo straniero della subordinazione della concessione della libertà provvisoria alla prestazione di cauzione o malleveria⁶⁷.

È da allora che le “libertà degli altri”⁶⁸ non valgono quanto quelle dei cittadini, in particolare la libertà personale degli stranieri nella quale, in un passato non remoto, rientrava anche la libertà di ingresso e soggiorno. Su quest'ultima libertà, secondo la Corte, il legislatore gode “di ampia discrezionalità nel porre limiti all'accesso degli stranieri nel territorio dello Stato, all'esito di un bilanciamento dei valori che vengono in rilievo: discrezionalità il cui esercizio è sindacabile da questa Corte solo nel caso in cui le scelte operate si palesino *manifestamente irragionevoli* (*ex plurimis*, sentenze n. 148 del 2008, n. 361 del 2007, n. 224 e n. 206 del 2006) e che

nis da parte del rimettente, se non al limitato fine di assistere questa Corte nell'individuazione del trattamento sanzionatorio che possa sostituirsi, in attesa di un sempre possibile intervento del legislatore, a quello dichiarato incostituzionale (in questo senso, in particolare, sentenze n. 40 del 2019, n. 222 del 2018 e n. 236 del 2016)”.

⁶⁶ Si rinvia al mio *La “cittadinanza costituzionale” degli stranieri: una questione d'efficacia costituzionale*, in L. RONCHETTI (a cura di), *La Repubblica e le migrazioni*, Milano 2014, 25-62.

⁶⁷ F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Torino 2011 e Id, *Dell'uguaglianza*, Torino 2014.

⁶⁸ M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano 2012.

si estende (...) anche al versante della selezione degli strumenti repressivi degli illeciti perpetrati” (sent. n. 250 del 2010) e dei “comportamenti anti-giuridici che si manifestino nell’ambito del fenomeno imponente dei flussi migratori dell’epoca presente, che pone gravi problemi di natura sociale, umanitaria e di sicurezza» (sentenza n. 236 del 2008) «frutto di valutazioni afferenti alla “sostenibilità” socio-economica del fenomeno» (sent. n. 250 del 2010).

Ancora di recente la Corte ricorda che, “pur disponendo di tale ampia discrezionalità, il legislatore naturalmente resta sempre tenuto al rispetto degli obblighi internazionali, sulla base dell’art. 117, primo comma, Cost., e costituzionali (sentenze n. 202 del 2013, n. 172 del 2012 e n. 245 del 2011), compreso il criterio di ragionevolezza intrinseca (tra le altre, sentenza n. 172 del 2012)” (sent. n. 194 del 2019).

Certo la Corte afferma che “la condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi, specie nell’ambito del diritto penale, che più direttamente è connesso alle libertà fondamentali della persona” (sent. n. 249 del 2010), ma ritiene legittima la fattispecie penale di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato (sent. n. 250 del 2010)⁶⁹.

Lo straniero, inoltre, ha subito “autonomismi” sanzionatori quale quello salvato dalla sentenza n. 353 del 1997 per procedure di espulsione generalizzate⁷⁰ e la Corte costituzionale, dopo aver dichiarato inammissibili⁷¹ molte questioni poste sul c.d. “respingimento differito” introdotto

⁶⁹ Perché “oggetto dell’incriminazione non è, infatti, un modo di essere della persona, ovvero la condizione personale e sociale di straniero clandestino (o, più propriamente, irregolare) della quale verrebbe arbitrariamente presunta la pericolosità sociale, ma uno specifico comportamento, trasgressivo di norme vigenti. Tale è, in specie, quello descritto dalle locuzioni alternative «fare ingresso» e «trattenersi» nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del testo unico sull’immigrazione. Determinare quale sia la risposta sanzionatoria più adeguata a tale illecito, e segnatamente stabilire se esso debba assumere una connotazione penale, anziché meramente amministrativa, rientra nell’ambito delle scelte discrezionali del legislatore, il quale ben può modulare diversamente nel tempo – in rapporto alle mutevoli caratteristiche e dimensioni del fenomeno migratorio e alla differente pregnanza delle esigenze ad esso connesse – la qualità e il livello dell’intervento repressivo in materia”.

⁷⁰ La disciplina dell’espulsione era prevista nei confronti di tutti gli stranieri senza fare distinzioni in base alla gravità della infrazione e allo stato di bisogno, e fu assolta dalla Corte perché lo Stato « non può (...) abdicare al compito, ineludibile, di presidiare le proprie frontiere » (sent. n. 353 del 1997).

⁷¹ C. cost., ord. n. 9 del 2005, sent. n. 240 del 2006 (punto 4) e ord. n. 431 del 2006.

dalla legge Bossi-Fini, nella sentenza n. 148 del 2008⁷² per gli stranieri ricorre al criterio della “stretta legalità”.

In sintesi, il secondo comma dell’art. 10 è l’unico caso in cui la riserva di legge non assolve a finalità garantiste, ma è l’appiglio per sottrarre il non cittadino dalle garanzie piene della Costituzione. Sull’attuazione dell’art. 10, comma 3, inoltre, la Corte fa affidamento sull’applicazione diretta da parte dei giudici del diritto costituzionale di asilo, rinviando ad altra occasione di valutare l’omissione del legislatore che ha abrogato la protezione umanitaria, considerata fattispecie aperta dalla Corte di Cassazione in attuazione diretta del diritto fondamentale d’asilo (sent. n. 194 del 2019)⁷³.

L’innovativa giurisprudenza sulle norme penali in nome della libertà personale varrà anche per gli stranieri o in materia resterà una ragionevolezza “attenuata” o “debole”⁷⁴ nella quale la Corte costituzionale ha mostrato un “elevato grado di deferenza (...) verso le scelte compiute dal legislatore”⁷⁵? Sarebbe auspicabile che tale deferenza lasci il posto a una pari dignità sociale senza distinzioni.

⁷² Secondo la Corte costituzionale “l’automatismo espulsivo [è] un riflesso del principio di stretta legalità che permea l’intera disciplina dell’immigrazione e che costituisce, anche per gli stranieri presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare arbitrii da parte dell’autorità amministrativa” (sent. n. 148 del 2008).

Sugli “autonomismi legislativi” cfr. i precedenti sulle adozioni, sul porto d’armi, sulle cause ostative all’assunzione nella pubblica amministrazione, sul divieto di regolarizzazione e sull’obbligo di espulsione degli stranieri di paesi non appartenenti all’Unione europea: cfr. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, I, *cit.*, 181 ss.

⁷³ Proprio qui torna l’inammissibilità delle questioni sollevate dalle Regioni contro l’abrogazione della fattispecie aperta attuativa dell’art. 10, comma 3, in favore della tipizzazione delle protezioni, espressamente voluta dal Governo per restringere la platea dei beneficiari: se “il paventato” e, secondo la Corte, da dimostrare “effetto restrittivo rispetto alla disciplina previgente sia contenuto entro margini costituzionalmente accettabili” è questione da rinviare, “restando ovviamente impregiudicata (...) ogni ulteriore valutazione di legittimità costituzionale” in sede incidentale (sent. n. 194 del 2019). È vero che questa questione, come le altre, era posta tramite il pertugio delle lesioni per ridondanza (indiretta) nell’esercizio di competenze esclusive statali – che richiede un onere motivazionale particolare, ritenuto nel caso di specie carente – ma è lecito domandarsi perché certe omissioni del legislatore siano insopportabili, mentre l’abrogazione dell’istituto di attuazione dell’art. 10, terzo comma, Cost. deve attendere la prova dei fatti. Certo la Corte sostiene che l’applicazione diretta del diritto di asilo vada preservata, ma gli effetti giuridici della sentenza non sono quelli più garantisti. Cfr. A. ALGOSTINO, *Il decreto “sicurezza e immigrazione” (decreto legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2018.

⁷⁴ M. SAVINO, *La Corte costituzionale e l’immigrazione: quale paradigma?*, *cit.*

⁷⁵ M. SAVINO, *La Corte costituzionale e l’immigrazione*, *cit.*, 179.

Con la sentenza n. 112 del 2019 la Corte ha censurato “sanzioni amministrative manifestamente sproporzionate per eccesso rispetto alla gravità dell’illecito”, le quali “violano, dal canto loro, l’art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione”⁷⁶. La Corte farà altrettanto sull’art. 2 del d.l. n. 53 del 2019, il c.d. Decreto sicurezza *bis*, che sanziona pesantemente la violazione del divieto di ingresso, transito o sosta nel mare territoriale, criminalizzando anche chi assolve a un dovere inderogabile, quello di salvataggio delle vite di naufraghi⁷⁷?

5. *Lo straniero e la pari dignità nei diritti sociali: revirement in nome del “prima gli italiani”?*

Nella richiamata sentenza n. 194 del 2019 la Corte dichiara inammissibili i ricorsi avverso il “decreto sicurezza” presentati dalle Regioni le quali, però, potrebbero “continuare a offrire” le prestazioni sociali già assicurate ai richiedenti asilo e “agli stranieri in posizione di irregolarità”⁷⁸.

⁷⁶ In questo caso si è riconosciuto “il carattere sproporzionato della sanzione costituita dalla confisca per equivalente del «prodotto» dell’illecito di insider trading e dei «beni utilizzati» per commetterlo, e la sua correlativa eccessiva incidenza sul diritto di proprietà dell’autore dell’illecito”. Sempre l’art. 3, ma collegato all’art. 27, ha consentito alla Corte di porre “anche in relazione a misure delle quali veniva espressamente negata la natura “punitiva” (come nel caso deciso dalla sentenza n. 22 del 2018) a fondamento di dichiarazioni di illegittimità costituzionale di automatismi sanzionatori, ritenuti non conformi al principio in questione proprio perché esso postula «l’adeguatezza della sanzione al caso concreto»; adeguatezza che «non può essere raggiunta se non attraverso la concreta valutazione degli specifici comportamenti messi in atto nella commissione dell’illecito» (sentenza n. 161 del 2018; nello stesso senso, *ex multis*, sentenze n. 268 del 2016 e n. 170 del 2015)” (sent. 112 del 2019).

⁷⁷ Ricordo che la condizione giuridica del richiedente protezione internazionale impone il principio di non respingimento che opera anche alle frontiere marittime e che l’ingresso nel mare territoriale da parte di una nave che abbia soccorso naufraghi di qualunque cittadinanza e qualunque provenienza per raggiungere un porto sicuro è da intendersi, per preminenti norme internazionali, quale “inoffensivo”. Cfr. M. BENVENUTI, *Lo strano caso Diciotti. Diritti, rovesci e argomenti in una (brutta) pagina di diritto costituzionale italiano*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2019.

⁷⁸ “e possono farlo senza che ciò interferisca in alcun modo con le regole per il rilascio del permesso di soggiorno, che restano riservate alla legge statale sulla base della competenza esclusiva in materia di «immigrazione» e «diritto di asilo» (in particolare le sentenze n. 61 e del 2011 e n. 269 del 2010)”. E. ROSSI, *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in E. ROSSI, F. BIONDI DAL MONTE, M. VRENNÀ (a cura di), *La governance dell’immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna 2013, 90,

La giustizia costituzionale, in effetti, è stata più attenta a tutelare la pari dignità degli stranieri nei diritti sociali a fronte di un legislatore statale che – accanto alla progressiva criminalizzazione dello straniero e alla restrizione, se non eliminazione, delle forme di ingresso legale nel nostro paese – ha adottato norme espressive del criterio “prima gli italiani”⁷⁹. La Corte costituzionale ha ripetutamente sanzionato⁸⁰ le limitazioni introdotte dalla legge statale agli stranieri nelle prestazioni sociali, concesse ai soli titolari della carta di soggiorno (ora permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo)⁸¹ che, come è noto, presuppone requisiti sia temporali in termini di anni di soggiorno in Italia che di reddito.

Al “prima gli italiani” perseguito dallo Stato alcune Regioni, sostenute dalla giustizia costituzionale, hanno risposto con l’universalismo dei diritti fondamentali da garantire a chiunque si trovi in condizione di bisogno e di disagio: questa giurisprudenza si pone “in coerenza con la naturale propensione espansiva della esigenza di garantire il rispetto (che altro non può significare se non concreta attuazione) dei diritti fondamentali spettanti alla persona” (sent. n. 61 del 2011). È proprio dichiarando infondate le questioni di legittimità sulle leggi regionali per l’integrazione dei migranti a qualunque titolo presenti sul territorio della Regione, infatti, che la Corte costituzionale ha potuto affermare che i diritti fondamentali devono essere riconosciuti e garantiti “anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l’ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso” (sent. n. 252 del 2001)⁸².

osserva che le regioni si fanno carico della tutela dei diritti «in un contesto di risorse in continua diminuzione» rischiando di sancire «affermazioni (...) non realizzate».

⁷⁹ Con l’art. 80 della legge finanziaria del 2001 in modo particolare.

⁸⁰ Vedi oltre.

⁸¹ Il cui possesso è subordinato a “requisiti che vanno da parametri di squisita connotazione censuaria ad altri che attengono alle generali condizioni di vita, per finire con un presupposto di tipo meramente temporale, raccordato al periodo di permanenza in Italia con regolare permesso di soggiorno” (sent. n. 40 del 2013): ricordo che tale pretesa di creare una gerarchia tra persone a partire dal possesso della cittadinanza italiana ha riguardato la pensione di inabilità (sentt. nn. 11 del 2009 e n. 324 del 2006), l’indennità di accompagnamento (sent. n. 306 del 2008), l’indennità di accompagnamento e la pensione di inabilità (sent. n. 40 del 2013), l’assegno mensile di invalidità (sent. n. 187 del 2010) e l’indennità di frequenza per i minori invalidi (sent. n. 329 del 2011).

⁸² I diritti fondamentali “spettano anche agli stranieri non in regola con il permesso di soggiorno, sino a quando nei loro confronti non sia emesso ed eseguito un provvedimento di espulsione, senza che ciò valga a legittimarne la presenza nel territorio dello Stato” (sent. n. 299 del 2010).

La Corte costituzionale, tuttavia, ha anche sostenuto che per i diritti “eccedenti” quelli fondamentali fosse “possibile subordinare, non irragionevolmente, l’erogazione di determinate prestazioni, non dirette a rimediare a gravi situazioni di urgenza, alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata” (sent. n. 61 del 2011). In varie occasioni, inoltre, la Corte ha affermato più in generale che le politiche sociali delle Regioni possono richiedere un radicamento territoriale continuativo e ulteriore rispetto alla sola residenza: così nella legislazione regionale ha trovato spazio un forma dissimulata di esclusione dall’accesso ai diritti⁸³, tramite il cosiddetto criterio dell’anzianità di residenza sul territorio.

Su tale terreno si è svolta la seconda stagione della giurisprudenza costituzionale su immigrazione e Regioni, dedicata a questo meccanismo meno vistoso ma altrettanto capace di creare nuove gerarchie tra chi si trova in situazioni di bisogno.

Spesso l’introduzione di queste distinzioni tra corregionali, sulla base della cittadinanza o della residenza protratta nella Regione, veniva giustificata con la limitatezza delle risorse⁸⁴ a disposizione ma la Corte ha ben spiegato, dapprima, che la limitatezza delle risorse non giustifica discriminazioni tra i destinatari delle prestazioni (sent. n. 432 del 2005) e, da ultimo, che “è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione” (sent. n. 275 del 2016). Le “scelte allocative di risorse” operate sia nella redazione che nella gestione dei bilanci sono, anzi, sindacabili alla luce della “tavola complessiva dei valori costituzionali” (sentt. n. 10 e 275 del 2016) e a tal fine è necessario, tramite il principio della rendicontazione, “assicurare ai membri della collettività la cognizione delle modalità di impiego delle risorse e dei risultati conseguiti da chi è titolare del mandato elettorale” (sentt. n. 184 del 2016 e n. 228 del 2017).

La giurisprudenza costituzionale, dunque, nel complesso ha giudicato irragionevoli e discriminatorie molte norme sull’anzianità di residenza,

⁸³ Per l’uso del criterio della residenza come discriminazione indiretta si rinvia a B. PEZZINI, *Lo statuto costituzionale del non cittadino: i diritti sociali*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Aic, Cagliari 16-17 ottobre 2009, in *Associazione deiecostituzionalisti.it*.

⁸⁴ I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Roma 2012, considera una rottura dell’ordinamento rispondere alla crisi con fonti e procedure di emergenza che rinnegano di diritti.

sebbene con talune ambiguità presenti in particolare nella sentenza n. 222 del 2013⁸⁵ che, tuttavia, sembravano superate dalle pronunce che nel 2018 hanno ribadito che nessuna disparità di trattamento o “forma dissimulata di discriminazione nei confronti degli extracomunitari” (sent. n. 106 del 2018) è ammessa a fronte di situazioni di bisogno o meglio di indigenza (sent. n. 166 del 2018).

Su questo terreno per rendere davvero giustizia si dovrebbe arrivare a una questione di legittimità costituzionale che coinvolga direttamente il significato normativo della “residenza” nel nostro ordinamento⁸⁶: abituale dimora con connesso diritto soggettivo a essere iscritti o iscrizione anagrafica sempre più subordinata a provvedimenti amministrativi discrezionali?⁸⁷ Da questa questione dipendono l’effettività dei diritti sociali e la ragionevolezza del percorso con il quale ottenere la cittadinanza statale, entrambe questioni centrali per la pari dignità sociale delle persone.

Ora, invece, con la recente sentenza n. 50 del 2019 potrebbe aprirsi una nuova stagione, testimoniata anche dalla sostituzione del giudice relatore con quello redattore della decisione. Dopo ben sette dichiarazioni di incostituzionalità⁸⁸ del già richiamato art. 80 della legge finanziaria del 2001 – che in materia di politiche sociali subordinava al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri di varie forme previdenziali e assistenziali per invalidità e inabilità – la Corte costituzionale ha ritenuto non fondata l’analoga questione posta per l’assegno sociale, che spetta a coloro che abbiano raggiunto i sessantasette anni di età privi di reddito adeguato. Per accedervi, gli stranieri, oltre alla resi-

⁸⁵ Nella sentenza n. 222 del 2013, in particolare, si affermava che nel caso di assegni per la natalità e altre prestazioni economiche destinate alle famiglie il legislatore “apronta misure che eccedono il nucleo intangibile dei diritti fondamentali della persona umana, e che premiano, non arbitrariamente, il contributo offerto dalla famiglia al progresso morale e materiale della comunità costituita su base regionale”. A giudizio della Corte costituzionale, inoltre, “le politiche sociali delle Regioni legate al soddisfacimento dei bisogni abitativi ben possono prendere in considerazione un radicamento territoriale ulteriore rispetto alla sola residenza, purché contenuto entro limiti non palesemente arbitrari ed irragionevoli”.

⁸⁶ Cfr. ordinanza n. 154 del 2019 sollevata dal Tribunale di Milano.

⁸⁷ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La residenza degli stranieri: un diritto speciale?*, in L. RONCHETTI (a cura di), *La Repubblica e le migrazioni*, cit., 63 ss.

⁸⁸ Cfr. sentenza 2008, n. 306 (indennità di accompagnamento), 2009, n. 11 (pensione di inabilità), 2010, n. 187 (assegno mensile di invalidità), 2011, n. 329 (un’indennità di frequenza per i minori invalidi), 2013 n. 40 (Indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili), 2015, n. 22 (assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti), 2015, n. 230 (pensione di invalidità civile per sordi e della indennità di comunicazione).

denza continuativa in Italia da almeno dieci anni, devono essere titolari della carta di lungo soggiornanti.

Le argomentazioni in diritto suscitano sconcerto: secondo la Corte, i diritti della persona di cui all'art. 2, a fronte della "limitatezza delle risorse disponibili", sono "graduabili" "con criteri restrittivi, o financo di esclusione" consentendo che l'accesso per lo straniero sia subordinato a "ulteriori requisiti (...) che ne comprovino un inserimento stabile e attivo"⁸⁹.

A quanto pare per la Corte i diritti davvero inviolabili per tutte le persone sono solo le "prestazioni destinate al soddisfacimento di bisogni primari" volte alla "garanzia per la stessa sopravvivenza del soggetto": soltanto in questi casi "l'elemento di discriminazione basato sulla cittadinanza" è illegittimo così come ogni "distinguo correlato al radicamento territoriale". Ebbene, secondo la Corte il descritto assegno sociale non sarebbe riconducibile all'art. 38 Cost., ma all'art. 2 e, dunque (!), nonostante tale principio parli in modo incontrovertibile di "diritti inviolabili", ben tollera distinzioni in base alla cittadinanza. Per rafforzare questo maldestro tentativo di distinguere tra diritti inviolabili e quelli "eccedenti", la Corte va anche oltre: se l'art. 38 recita che "ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale", segnala *en passant* che tale norma "contiene una «riserva al cittadino»" e che, quindi, è "un'erronea premessa che la cittadinanza italiana ed europea non costituisca un elemento idoneo per selezionare gli aventi diritto alla prestazione".

Ancora una volta, in nome dell'art. 2, retrocede l'art. 3 Cost.

Su questo crinale si evince una sofferenza della giustizia costituzionale attestata dal "dissenso mascherato"⁹⁰ del "relatore non redattore",

⁸⁹ La Corte costituzionale in passato era stata chiara sul fatto che non sia legittimo addurre la limitatezza delle risorse finanziarie per discriminare tra i beneficiari di prestazioni sociali in base al livello di radicamento territoriale. Secondo la Corte costituzionale «le scelte connesse alla individuazione delle categorie dei beneficiari – necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie – de[vo]no essere operate, sempre e comunque, in ossequio al principio di ragionevolezza» perché, se al legislatore è consentito «introdurre regimi differenziati, circa il trattamento da riservare ai singoli consociati», ciò può avvenire «soltanto in presenza di una "causa" normativa non palesemente irrazionale o, peggio, arbitraria» (sent. n. 432 del 2005), e che, quindi, debbano essere in ogni caso coerenti ed adeguati a fronteggiare le situazioni di bisogno o di disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che costituiscono il presupposto principale di fruibilità delle provvidenze in questione (sentenza n. 40 del 2011)» (sentenza n. 168 del 2014). Cfr. anche le sent. nn. 133 e 172 del 2013 e la n. 107 del 2018.

⁹⁰ A. FUSCO, *Il "dissenso mascherato" del non redattore*, in *Id*, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli 2019, 112.

sebbene senza dubbio la Corte costituzionale nel suo insieme abbia in tal modo aperto la strada al “prima gli italiani”, in chiara opposizione alla pari dignità sociale tra le persone a prescindere dalla cittadinanza.

6. *Regionalismo italiano tra mortificazioni dello Stato sociale e sovranismi*

Al “prima gli italiani” assolto nella sentenza n. 50 del 2019 devono aggiungersi i richiamati dispositivi espressivi del “prima i corregionali di lungo corso”⁹¹ adottati da molte Regioni, soprattutto del Nord. Si tratta di una forma di sovranismo inteso come isolamento e separatezza dal resto della Nazione. La Corte costituzionale nel dichiarare illegittime tali norme, oltre alla violazione dell’art. 3, ha argomentato anche in relazione all’art. 120 Cost.: nella sent. n. 107 del 2018 limpidamente si afferma che “le norme che introducono tale requisito (...) implicano il rischio di privare certi soggetti dell’accesso alle prestazioni pubbliche solo per il fatto di aver esercitato il proprio diritto di circolazione o di aver dovuto mutare regione di residenza”⁹².

La pari dignità sociale, infatti, non può essere modulata in base all’origine geografica delle persone: considerare chi si è insediato da meno tempo sul territorio come un usurpatore esprime un’idea di isolamento del “popolo regionale” rispetto al resto della Repubblica, agendo sulla spesa, spesso adducendo le limitazioni alla stessa poste dallo Stato.

Come è noto, la giurisprudenza costituzionale proprio sul contenimento della spesa quale cuore del “coordinamento finanziamento” ha consentito vere e proprie mortificazioni dell’autonomia regionale e al connesso stato sociale delle autonomie⁹³. Nella direzione di proteggere la pari dignità sociale delle persone, la Corte finalmente ha cominciato ad arginare la *stravagante* trasversalità del coordinamento finanziario,

⁹¹ Si rinvia al mio *Il principio autonomistico: interdipendenza versus disgregazione nazionale e sociale*, in M. DELLA MORTE, F. DE MARTINO, L. RONCHETTI (a cura di), *L’attualità dei principi fondamentali della Costituzione dopo settant’anni*, cit., 61 ss.

⁹² Non bisogna sottovalutare, infatti, quanto i criteri residenziali colpiscano lo stesso processo d’integrazione dei cittadini italiani: basti pensare che tra gli italiani sono essenzialmente quelli del Sud a compiere migrazioni interne verso il Nord, patendo le conseguenze negative di diritti a prestazione subordinati all’anzianità di residenza sul territorio regionale.

⁹³ Questione evidenziata da M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, cit., 119 ss.

proprio collegando al “pregiudizio al godimento dei diritti” (sent. n. 10 del 2016) le limitazioni recate all’autonomia regionale dal contenimento della spesa deciso dallo Stato.

Di recente la Corte è intervenuta con discontinuità sulla dimensione istituzionale delle Regioni, consapevole che la dimidiata loro autonomia di spesa comporti una compressione dei diritti sociali di cui sono responsabili, in modo che la “ragion *di* Stato” non si esaurisca nella mera “ragione *dello* Stato”. Si tratta di spesa per essenziali diritti a prestazione, alla base della pari dignità sociale. La Corte, infatti, si è mostrata infine consapevole del rapporto tra diritti e istituzioni per far valere la pari dignità delle persone: ripetutamente coinvolta nelle tensioni alimentate dalla perdurante crisi economica, la Corte ha ricordato che l’autonomia regionale “può svolgersi compiutamente solo se è in grado di disporre delle risorse economiche necessarie all’espletamento delle funzioni di competenza, e a condizione che esse siano attribuite secondo modi e tempi che permettono un’idonea programmazione della spesa” (sent. n. 101 del 2018). Le misure di contenimento della spesa pubblica indirizzate al sistema regionale in nome del coordinamento finanziario, quindi, devono presentare un carattere necessariamente temporaneo (sent. n. 103 del 2018).

In quanto materia di competenza concorrente, inoltre, il coordinamento finanziario dovrebbe per definizione imprimersi di una leale collaborazione da parte di tutti gli enti. Si evince, infatti, chiaramente la sofferenza che la Corte prova di fronte al fallimento del frutto migliore della sua ri-costruzione del regionalismo: quel principio di leale collaborazione tra enti che renderebbe il regionalismo cooperativo, ma che richiederebbe “un confronto autentico, orientato al superiore interesse pubblico” e non “atteggiamenti dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui o insufficientemente motivati” (sent. n. 103 del 2018). Con questa sofferenza emerge l’insofferenza per le specialità e il loro modo di viverla⁹⁴.

⁹⁴ “È evidente che la garanzia del metodo dell’accordo, che pure il procedimento concertativo descritto salvaguarda, rafforzandolo con l’ulteriore previsione di accordi bilaterali concernenti le singole autonomie speciali, non può creare il paradosso di esonerare sostanzialmente queste ultime dall’obbligo, che pure grava su di esse, di contribuire al processo di necessario risanamento dei conti pubblici (art. 97, primo comma, ultimo inciso, Cost.), con l’ingiusto risultato di accollare agli altri enti del livello regionale, che non godono di pari garanzie di ordine statutario, l’onere di assicurare l’effetto finanziario complessivo perseguito dal legislatore statale” (sent. n. 103 del 2018). nel caso di specie “poiché la disposizione ora censurata estende il contributo per una sola annualità, e per la prima volta” afferma la Corte laconicamente che la questione non è fondata (sent. n. 103).

Deve considerarsi peraltro che proprio le solide e sostanziose forme di autonomia di entrata e di spesa delle Regioni speciali, in particolare di quelle non insulari, contribuiscono in modo saliente a creare un forte scontento nelle confinanti Regioni a statuto ordinario che da decenni manifestano pretese secessioniste dalla Nazione e sono afflitte da *piccole secessioni* di loro Comuni verso i territori dotati di specialità e connessa ricchezza.

A ben guardare, il richiamato criterio dell'anzianità di residenza sul territorio regionale pretende di isolare la comunità della singola Regione dal resto della Nazione sul piano delle spesa così come la retorica della territorialità regionale del gettito lo fa sul piano delle entrate. Sotto questo profilo il referendum che intendeva chiedere ai veneti se volessero "lasciare" sul territorio regionale otto decimi del gettito delle partecipazioni erariali, come giustamente afferma la Corte, avrebbe illegittimamente comportato "la distrazione di una cospicua percentuale dalla finanza pubblica generale, per indirizzarla ad esclusivo vantaggio della Regione (...) e dei suoi abitanti (...) incide[ndo] (...) sui legami di solidarietà tra la popolazione regionale e il resto della Repubblica" (sent. n. 118 del 2015). Si tratta di una forma di *secessione sostanziale*⁹⁵ agita da frazioni del popolo che si sottraggono ai doveri di solidarietà economica e politica nei confronti della Nazione, che sono alla base di ogni pari dignità sociale.

Tale "sovrano regionalismo"⁹⁶ – aizzato dalla smentita tesi del "residuo fiscale"⁹⁷ – cozza con il fondamentale principio di perequazione

⁹⁵ Si rinvia al mio *Unità e indivisibilità della Repubblica: la sovranità popolare e l'interdipendenza nel nome della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2018.

⁹⁶ Nella stessa sentenza la Corte ha dichiarato illegittima la legge regionale che prevedeva «un referendum consultivo per conoscere la volontà degli elettori del Veneto sul seguente quesito: "Vuoi che il Veneto diventi una Repubblica indipendente e sovrana? Sì o No?"». A giudizio della giurisprudenza costituzionale tale quesito suggeriva "sovertimenti istituzionali radicalmente incompatibili con i fondamentali principi di unità e indivisibilità della Repubblica, di cui all'art. 5 Cost." perché "il pluralismo sociale e istituzionale e l'autonomia territoriale (...) non possono essere estremizzati fino alla *frammentazione* dell'ordinamento".

⁹⁷ La Regione Veneto ha denunciato la violazione dell'art. 119 Cost., per disparità di trattamento tra le Regioni del Centro-nord e quelle del Mezzogiorno, in relazione all'"esorbitante residuo fiscale" della Regione Veneto dove la pubblica amministrazione disporrebbe, per l'erogazione di servizi a favore dei cittadini residenti, meno di quanto ricavato dal prelievo fiscale sul proprio territorio. La Corte costituzionale, con la sent. n. 83 del 2016, ricorda che «il parametro del "residuo fiscale" non può essere considerato un criterio specificativo dei precetti contenuti nell'art. 119 Cost., sia perché sono controverse le modalità appropriate di calcolo del differenziale tra risorse fiscalmente acquisite

orizzontale tra le persone in base alle possibilità e ai bisogni quale cardine dello stato costituzionale e sociale. L'art. 119, quale ricaduta del principio fondamentale della pari dignità sociale, prevede inoltre la perequazione territoriale in favore dei territori con minore capacità fiscale per abitante, non di quelli più ricchi.

Le concrete forme che sta assumendo l'applicazione diretta dell'art. 116, comma 3, tuttavia, hanno potuto approfittare della leggerezza dimostrata dalla Corte costituzionale in altre parti della citata sentenza n. 118 del 2015: il referendum regionale in Veneto si limitava a chiedere agli elettori se fossero d'accordo a richiedere quelle "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia", con un quesito tanto vago da spingere lo Stato a lamentare l'assenza di "qualsiasi precisazione in merito agli ambiti di ampliamento dell'autonomia regionale su cui si intende interrogare gli elettori". La Corte, però, allora si limitò a dire che ovviamente "possano riguardare *solo* le materie di cui al terzo comma dell'art. 117 e le materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo alle lettere l), limitatamente all'organizzazione della giustizia di pace, n) e s)", come esplicitamente stabilito nelle suddette disposizioni costituzionali. Così interpretato, il quesito referendario *non prelude a sviluppi dell'autonomia eccedenti i limiti costituzionalmente previsti* [corsivo nostro]" (sent. n. 118 del 2015). Il ricorso al "solo" dovrebbe essere inteso come "solo tra" le materie indicate, trattandosi di ventitrè materie mentre attualmente lo Stato è competente a titolo esclusivo di sole diciassette. Anche per interpretare il terzo comma dell'art. 116, infatti, bisognerebbe ricorrere agli stessi limiti dalla Corte richiamati per gli altri quesiti referendari dichiarati illegittimi, vale a dire il divieto di incidere sui legami di solidarietà nazionale e sulla connessa pari dignità sociale. Mai come in applicazione di tale disposizione l'interpretazione costituzionale è determinante, non solo perché davvero si tratta di una "pagina bianca"⁹⁸, ma anche perché

e loro reimpiego negli ambiti territoriali di provenienza, sia perché "l'assoluto equilibrio tra prelievo fiscale ed impiego di quest'ultimo sul territorio di provenienza non è un principio espresso dalla disposizione costituzionale invocata" (sentenza n. 69 del 2016)».

Eppure la deliberazione del Consiglio Regionale del Veneto n. 155 del 15 novembre 2017, successiva al referendum, chiedeva «*le seguenti quote di compartecipazioni ai tributi erariali: nove decimi del gettito dell'Irpef, nove decimi del gettito dell'Ires, nove decimi del gettito dell'imposta sul valore aggiunto (Iva)*».

⁹⁸ Il riferimento è alla nota espressione che L. PALADIN, *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amministrativo*, 1971, III, 3 ss., in occasione dell'istituzione delle Regioni a fronte del "caos verbale" del Titolo V della Costituzione che affligge, in modo ben più significativo, il testo vigente,

interviene in una zona dell'ordinamento che rischia di restare “franca” per la giustizia costituzionale⁹⁹ e nella quale la Corte sarà chiamata, dunque, ad apprestare tutela con flessibilità degli strumenti a disposizione.

Dopo una costruzione giurisprudenziale del regionalismo italiano post-2001 tutta protesa a salvaguardare l'unità nazionale, spesso confondendola con una supremazia dello Stato come se fosse l'intera Repubblica, è un errore che non si sia considerata la portata potenzialmente eversiva del terzo comma dell'art. 116 per l'unità e l'indivisibilità dell'Italia e del suo stato sociale¹⁰⁰ fondato sulla pari dignità sociale di qualunque persona ovunque risieda sul territorio.

Una Corte costituzionale dedita all'attuazione della Costituzione e in particolare alla pari dignità sociale dovrà trasmettere con determinazione un'idea di autonomia che si fondi sulla consapevolezza dell'interdipendenza tra le vari articolazioni della Repubblica, senza confondere l'autodeterminazione con l'indipendenza, con l'autosufficienza che si trasforma in isolamento e arretramento rispetto ai doveri inderogabili di solidarietà nazionale e la connessa pari dignità sociale¹⁰¹.

7. *Autodeterminazione identitaria vs rappresentatività: la pari dignità sociale nei rapporti politici*

La pari dignità sociale deve caratterizzare anche i diritti politici, che danno concretezza al tipo di relazioni esistenti tra cittadini e istituzioni. Nel principio di autodeterminazione delle popolazioni locali, dedotto dal secondo comma dell'art. 133 nella più recente giurisprudenza (sent. n. 21 del 2018¹⁰² e sent. n. 123 del 2019), vi è stata una forte attenzione alla tu-

rendendo necessaria, a mio modo di vedere, l'adozione di norme integrative della Costituzione, come argomento nel mio *L'attuazione del regionalismo differenziato esige norme costituzionali d'integrazione*, in *Costituzionalismo.it*, in corso di pubblicazione.

⁹⁹ Cfr. le riflessioni di G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017, 52 ss., dedicate a «gli sviluppi della sent. n. 1 del 2014: le sentenze n. 110 del 2015 en. 35 del 2017 e la paradossale apoteosi delle “zone franche”».

¹⁰⁰ Parla di “Stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri” A.M. POGGI, *I diritti delle persone*, Milano 2014.

¹⁰¹ Per il concetto costituzionale di autonomia che richiede consapevolezza dell'interdipendenza si rinvia al mio *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano 2018.

¹⁰² Che ha dichiarato illegittima la l.r. Sardegna n. 4 del 16 marzo 2017 (Ridefinizione dei confini tra i Comuni di Magomadas e Tresnuraghes), perché adottata senza previa consultazione delle popolazioni comunali interessate.

tela dell'effettiva partecipazione delle popolazioni interessate all'identità dell'ente esponenziale (in tema di conformazione territoriale e denominazione)¹⁰³, sebbene la Corte costituzionale sia stata chiara nel ritenere non vincolante il risultato del referendum consultivo enfatizzando la “autonomia politica” del Consiglio (sent. n. 2 del 2018).

La sensibilità della Corte verso i diritti di partecipazione alle questioni identitarie, tuttavia, non può compensare l'indebolimento dei diritti politici perseguito tramite la dismissione della rappresentatività quale elemento portante del concetto di autonomia territoriale politica. Ogni indebolimento dei diritti politici che porti a una crisi della rappresentatività delle istituzioni ha una conseguenza diretta sulla pari dignità sociale sia degli enti esponenziali della popolazione sia delle persone titolari di un diritto/dovere civico per il quale si riducono le ipotesi di esercizio concreto o dell'efficacia prodotta dall'esercizio stesso.

Riduce le ipotesi stesse di esercizio di tale diritto la sacrificata rappresentatività diretta di alcuni enti territoriali, sebbene si tratti di caratteristica essenziale del concetto di autonomia territoriale: sotto questo profilo la sentenza n. 50 del 2015 sulla legge Delrio è segno, non solo di deferenza verso il potere politico, ma di “insofferenza” per la vigente Costituzione arrivando a prendere a parametro una riforma costituzionale *in itinere* che in seguito verrà bloccata dal referendum costituzionale del 2016¹⁰⁴. In quella decisione, inoltre, si ricorre a un precedente a sproposito e in modo ingannevole. Se il carattere rappresentativo è connaturato alla definizione di ente autonomo che l'attuale art. 114 attribuisce a tutti gli enti costitutivi della Repubblica, la riforma Delrio modifica radicalmente la “natura” di alcuni di questi enti. Con la sentenza n. 50 del 2015,

¹⁰³ Ha toccato il tema del mutamento di denominazione di un Comune che “connota l'identità della popolazione facente parte dell'ente territoriale, poiché la toponomastica ha una fondamentale funzione comunicativa e simbolica, tesa a valorizzare nelle denominazioni le tradizioni del territorio (sentenza n. 210 del 2018), poiché si tratta sempre di incidere su «un elemento non secondario dell'identità dell'ente esponenziale della collettività locale» (sent. n. 237 del 2004).

¹⁰⁴ La Corte costituzionale nella sent. n. 50 del 2015 ha inserito nei Considerando *in diritto* (vigente? Pare lecita la domanda) che “è in corso l'approvazione di un progetto – da realizzarsi nelle forme di legge costituzionale – che ne prevede la futura soppressione, con la loro conseguente eliminazione dal novero degli enti autonomi riportati nell'art. 114 Cost., come, del resto, chiaramente evincibile dal comma 51 dell'art. 1 delle legge in esame” [legge Delrio] (*Cons. in dir.* 3.4.5.4). Cfr. G. SERGES, *L'istituzione delle città metropolitane, le clausole legislative di auto-qualificazione e l'elettività 'indiretta' degli organi istituzionali (a margine della sentenza n. 50 del 2015)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2015, 472.

invece, la Corte costituzionale ha ritenuto che «la natura costituzionalmente necessaria degli enti previsti dall'art. 114 Cost., come “costitutivi della Repubblica”, ed il carattere autonomistico ad essi impresso dall'art. 5 Cost. non implicano (...) l'automatica indispensabilità che gli organi di governo di tutti questi enti siano direttamente eletti». Richiamando la sentenza n. 96 del 1968, in proposito la Corte ha, infatti, affermato “la piena compatibilità di un meccanismo elettivo di secondo grado con il principio democratico e con quello autonomistico, escludendo che il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo del territorio venga meno in caso di elezioni di secondo grado”. A parte l'infondata associazione con l'elezione indiretta per la più alta carica dello Stato – la Presidenza della Repubblica – che finisce per sovrapporre la rappresentanza dell'unità nazionale con quella politica – deve segnalarsi che la sentenza del 1968 affermava anche che “il carattere rappresentativo ed elettivo degli organi di governo degli enti territoriali è strumento essenziale dell'autonomia” e che “la elettività di tali organi è principio generale dell'ordinamento”. Nel 2015 la Corte, dunque, ha disconosciuto la pari dignità tra gli enti esponenziali della popolazione come Province e Città metropolitane e ha contratto la sfera d'azione dei diritti di elettorato, che già in alcuni enti locali come i comuni molto piccoli spesso sono solo formali¹⁰⁵.

Nel nostro ordinamento la rappresentanza, invece, deve essere “democratica”¹⁰⁶ per riprendere l'aggettivo usato dalla Corte costituzionale nella storica sentenza n. 1 del 2014. Storica, al di là della nuova conformazione che vi ha assunto il canone dell'incidentalità¹⁰⁷, perché con essa

¹⁰⁵ Non solo abbiamo enti costitutivi della Repubblica non direttamente eletti come province e città metropolitane, ma l'ipertutela di cui gode il voto degli italiani all'estero costringe molti piccoli comuni a vivere senza rappresentanti e sotto commissariamento. In tal senso è paradigmatica la sentenza n. 242 del 2012 con la quale la Corte costituzionale non ha ritenuto illegittimo computare gli iscritti all'Aire nel quorum di validità delle elezioni richiesto, in via eccezionale, per la validità di circostanza altrettanto eccezionale, vale a dire l'elezione con una sola lista di candidati collegata a un sindaco. Quest'impostazione, scollegata dall'effettività del principio rappresentativo, rischia peraltro di determinare una pericolosa frammentazione giuridica (quella politica è, invece, il cuore del pluralismo) dell'elettorato per perseguire una “delocalizzazione” della rappresentanza politica senza alcun riguardo per la dimora effettiva.

¹⁰⁶ Su questo riflette E. GROSSO, *Malattia mentale e suffragio universale: le aporie dell'isocrazia. Rileggendo “La giornata di uno scrutatore” di Italo Calvino*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2 del 2018.

¹⁰⁷ F. SORRENTINO, *La Corte e i suoi precedenti: overruling o continuità?*, in *Giur. cost.*, 2015, 886 ss. e 889, evidenzia che “diviene difficile sfuggire a questa alternativa: o è

il principio dell'uguaglianza politica nel momento dell'espressione del voto è finalmente estesa anche all'uguaglianza "in uscita", quindi, alla fase della trasformazione dei voti in seggi¹⁰⁸.

L'uguaglianza del voto essenzialmente serve a tutelare le minoranze. Ho già avuto modo di dire che "non esiste pluralismo possibile senza la pari dignità delle minoranze, non esiste costituzionalismo che non nasca per tutelare le minoranze dalla tentazione di sopraffazione delle maggioranze o, peggio ancora, della minoranza più forte"¹⁰⁹. La sentenza n. 1 del 2014 senz'altro costituisce un limite importante alla – pur accettata – *alterazione* della funzione rappresentativa perché la Corte costituzionale intima che non possa trasformarsi in *distorsione* della rappresentanza pluralista. Tale alternazione viene consentita, però, con un bilanciamento tra la rappresentatività quale fondamentale valore costituzionale e lo "scopo di garantire la stabilità del governo del Paese e di rendere più rapido il processo decisionale".

Mentre nel 2014 quest'ultimo scopo è definito "un obiettivo costituzionalmente legittimo", invece, con la sentenza sull'*Italicum* (n. 35 del 2017) da meramente "legittimo" assurge a "principio di rilievo costituzionale" senza alcuna norma della Costituzione da invocare a fondamento¹¹⁰, fino a costituire «interessi e valori» ritenuti *parimenti* meritevoli di tutela [corsivo nostro] con la sentenza n. 239 del 2018¹¹¹.

Quando il bilanciamento, neppure diseguale, avviene tra principio costituzionale e "interessi e valori" non rintracciabili nel testo della Co-

inammissibile che in sede di un giudizio di accertamento si sollevi questione di legittimità costituzionale della legge elettorale, per le ragioni indicate da parte della dottrina (*fiction litis*, difetto di incidentalità, ecc.) oppure [...] un'impugnativa del genere è perfettamente ammissibile. Nella prima ipotesi ha errato la sent. 1/2014, nella seconda la n. 110/2015".

¹⁰⁸ Secondo la Corte costituzionale non è legittimo un sistema elettorale che determini la "compressione della funzione rappresentativa dell'assemblea, nonché dell'eguale diritto di voto, eccessiva e tale da produrre un'alterazione profonda della composizione della rappresentanza democratica, sulla quale si fonda l'intera architettura dell'ordinamento costituzionale vigente" (sent. n. 1 del 2014)

¹⁰⁹ Mi riferisco al mio *La rappresentanza politica come rappresentanza costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2015, 17.

¹¹⁰ Si tratta, infatti, di "bilanciare i principi costituzionali della necessaria rappresentatività della Camera dei deputati e dell'eguaglianza del voto, da un lato, con gli obiettivi, pure di rilievo costituzionale, della stabilità del governo del Paese e della rapidità del processo decisionale, dall'altro" (pt. 6).

¹¹¹ "Questi «interessi e valori» devono essere individuati, essenzialmente, nell'esigenza di assicurare la governabilità e in quella di evitare la frammentazione politico-partitica che potrebbe rallentare o paralizzare i processi decisionali all'interno dell'assemblea parlamentare" (sent. n. 239 del 2018).

stituzione, ma solo nella volontà del legislatore, non stiamo mettendo sullo stesso piano la legalità costituzionale con quella ordinaria?

8. *Autonomia personale a dignità sociale variabile: donne, omosessuali e prostitute*

Oltre che per le collettività locali, la Corte costituzionale ha introdotto il concetto di autodeterminazione anche per le persone fisiche, in particolare, in tema di consenso informato da parte della persona che accede a cure mediche: il diritto fondamentale all'autodeterminazione si basa su una lettura combinata dell'art. 2 con l'art. 13 Cost. e l'art. 32 Cost. (sent. n. 438 del 2008)¹¹².

Nell'ordinanza n. 207 del 2018 la Corte aggiunge a queste norme costituzionali la rilevanza dell'art. 3 Cost. proprio sotto il profilo della dignità umana¹¹³. È evidente che nel caso del malato autodeterminatosi a darsi la morte, la dignità da porre in bilanciamento è di tipo soggettivo, per quanto ancorata a ipotesi di fatto circostanziate.

La delicata questione del fine vita ovviamente coinvolge l'autodeterminazione delle persone a prescindere dal loro sesso. Viceversa, nelle vicende procreative, nelle quali la persona coinvolta è imprescindibilmente

¹¹² Corte cost., sent. n. 438 del 2008, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 3 della legge Regione Piemonte 6 novembre 2007, n. 21 (Norme in materia di uso di sostanze psicotrope su bambini ed adolescenti). Nel *Considerato in diritto* la Corte costituzionale afferma che "la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di *due diritti fondamentali della persona*: quello all'*autodeterminazione* e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione" [corsivi nostri].

¹¹³ "Il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle *sofferenze*, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, peraltro non evocato dal giudice *a quo* in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana".

di sesso femminile, l'interpretazione poggia sul solo art. 32, abbandonando ogni riferimento all'art. 13 quale fonte dell'autodeterminazione personale¹¹⁴: in tema di procreazione l'autodeterminazione riproduttiva delle donne non è presa in considerazione, riconducendo ogni forma di garanzia costituzionale alla salute psico-fisica. La centralità dell'art. 32 Cost. si è affermata dapprima nella giurisprudenza sull'aborto (sent. n. 27 del 1975) e poi a proposito della disciplina sull'accesso alle tecniche di fecondazione artificiale, intese come terapie mediche e non come bio-tecnologie (legittimamente ancora secondo la recente sent. n. 221 del 2019¹¹⁵).

L'assenza di una giurisprudenza costituzionale che, oltre alla tutela psico-fisica, richiami l'art. 13 per garantire l'autodeterminazione sessuale e riproduttiva delle donne, in una lettura combinata con gli articoli 2, 3, 31 e 32 potrebbe sembrare quel "retaggio di una concezione patriarcale" (sent. n. 61 del 2006¹¹⁶) che la Corte imputa al legislatore (nel monito, inascoltato, sull'attribuzione esclusivamente patrilineare del cognome, che ha portato alla sentenza di accoglimento n. 286 del 2016) ma che gran parte del pensiero giuridico rischia di riprodurre¹¹⁷.

In tema tracce di autodeterminazione ve ne sono ma la Corte costituzionale, dichiarando illegittima la parte centrale della legge n. 40 del 2004 che prevedeva un protocollo sanitario uguale per tutte le donne per

¹¹⁴ L. RONCHETTI, *La dimensione costituzionale dell'autonomia riproduttiva delle donne*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, CIRSDE, Torino 2019, 106-131.

¹¹⁵ Tale sentenza ha considerato legittima l'idea della funzione delle tecniche che la l. 40 del 2004 esprime: "la legge configura, infatti, *in apicibus*, queste ultime come rimedio alla sterilità o infertilità umana avente una causa patologica e non altrimenti rimosibile: escludendo chiaramente, con ciò, che la PMA possa rappresentare una modalità di realizzazione del "desiderio di genitorialità" alternativa ed equivalente al concepimento naturale, lasciata alla libera autodeterminazione degli interessati". Il tutto "in una prospettiva di salvaguardia dei diritti del concepito e del futuro nato" che, però, resteranno solo ipotetici in tutti i casi in cui la biotecnologia potrebbe rimediare a quella che la sentenza definisce "l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile)".

¹¹⁶ Già nell'ordinanza n. 176 del 1988, la Corte costituzionale aveva espressamente riconosciuto che «sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concilii i due principi sanciti dall'art. 29 Cost., anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro» (v. anche ordinanza n. 586 del 1988).

¹¹⁷ Cfr. B. PEZZINI, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, cit., 35-118.

l'accesso alla PMA, ha preservato essenzialmente l'autonomia della scienza medica *ex art. 32 Cost.* (sent. n. 151 del 2009)¹¹⁸ mentre, dichiarando illegittimo il divieto di inseminazione c.d. "eterologa" (sent. n. 162 del 2014), ha tutelato in termini di autodeterminazione il diritto della coppia alla formazione a una famiglia, non l'autonomia della donna¹¹⁹.

Tale argomentazione incentrata sulla coppia potrebbe anche essere stata determinata dalla circostanza che nel nostro ordinamento l'accesso alla PMA (irragionevolmente a mio modo di vedere, ragionevolmente secondo la sent. n. 221 del 2019) non è consentito alla singola donna, ma soltanto alle coppie e, tra queste, unicamente a quelle eterosessuali (art. 5, l. n. 40 del 2004)¹²⁰. La Corte, con la recentissima sentenza n. 221 del 2019, ha giudicato non fondate le questioni di legittimità in proposito sollevate da coppie lesbiche, considerando coerente con la pari dignità sociale delle persone anche in base ai diversi orientamenti sessuali l'esclusione dall'accesso a tecnologie di fecondazione per garantire al futuro nato il migliore dei futuri...fino a negargliene uno¹²¹. Mi chiedo che fine abbia fatto "quell'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti

¹¹⁸ Corte costituzionale, sentenza n.151 del 2009, consid. in diritto 6.1., afferma che "la regola di fondo deve essere la autonomia e la responsabilità del medico" e dichiara illegittimo l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto di massimo tre embrioni con il divieto correlato di eventuale crioconservazione degli embrioni.

¹¹⁹ La sentenza afferma che "la scelta (...) di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà (...) riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost.", "poiché concerne la sfera privata e intima ed intangibile della persona umana [che] non può essere incoercibile" e si caratterizza per "la libertà e volontarietà dell'atto".

¹²⁰ Il "paradigma eterosessuale" emerso nelle sentenze nn. 138 del 2010 e 174 del 2014 trova conferma e sviluppi, ai miei occhi contro la pari dignità sociale, nelle recenti sentt. nn. 221 e 237 del 2019.

¹²¹ La Corte scrive che «l'infertilità "fisiologica" della coppia omosessuale (femminile) non è affatto omologabile all'infertilità (di tipo assoluto e irreversibile) della coppia eterosessuale affetta da patologie riproduttive: così come non lo è l'infertilità "fisiologica" della donna sola e della coppia eterosessuale in età avanzata. Si tratta di fenomeni chiaramente e ontologicamente distinti. L'esclusione dalla PMA delle coppie formate da due donne non è, dunque, fonte di alcuna distonia e neppure di una discriminazione basata sull'orientamento sessuale». «La PMA, di contro, serve a dare un figlio non ancora venuto ad esistenza a una coppia (o a un singolo), realizzandone le aspirazioni genitoriali. Il bambino, quindi, deve ancora nascere: non è, perciò, irragionevole – come si è detto – che il legislatore si preoccupi di garantirgli quelle che, secondo la sua valutazione e alla luce degli apprezzamenti correnti nella comunità sociale, appaiono, in astratto, come le migliori condizioni "di partenza"».

stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri” (sent. n. 138 del 2010); la Corte aggiungeva che “può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza”, almeno ch  la Corte non abbia ulteriormente rafforzato quel “rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalit  procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall’unione omosessuale” (sent. n. 138 del 2010).

D’altra parte, quando il “modello eterosessuale del matrimonio” assurge a “requisito essenziale” dell’ordinamento che   “interesse dello Stato (...) non modificare” (sent. n. 170 del 2014), in assenza di qualunque norma costituzionale che lo esprima chiaramente ma stabilito soltanto dal codice civile¹²², la pari dignit  sociale delle persone non   che una formula vuota priva di normativit .

Eppure nella sentenza n. 161 del 1985, richiamata anche nella sentenza n. 221 del 2015 sulla rettifica del sesso anagrafico a prescindere da quello anatomico, si parlava “di una civilt  giuridica in evoluzione, sempre pi  attenta ai valori, di libert  e dignit , della persona umana, che ricerca e tutela anche nelle situazioni minoritarie ed anomale”, aggiungendo che “la perdurante e generale valenza” dei doveri inderogabili di solidariet  “si manifesta proprio nell’accettazione e nella tutela di situazioni di diversit , anche «minoritarie ed anomale»”, citata nella pi  recente ordinanza n. 185 del 2017¹²³. Cos  non   accaduto nei confronti di coppie lesbiche, n  quelle che intendevano accedere alle tecniche di fecondazione artificiale (sent. n. 221 del 2019) n  quelle che gi  lo hanno fatto altrove e volevano essere considerate entrambi madri anche nel nostro ordinamento¹²⁴ (sent. n. 237 del 2019).

¹²² La nozione di matrimonio presupposta dal Costituente (cui conferisce tutela il citato art. 29 Cost.)   quella stessa definita dal codice civile del 1942, che «stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso» (sentenza n. 138 del 2010).

¹²³ Secondo il Tribunale di Avezzano tale interpretazione “fnirebbe per prevalere sul diritto della gran parte dei consociati a conservare «il pieno duopolio uomo/donna», comprimendo irragionevolmente i doveri inderogabili di solidariet  sociale, e imporrebbe alla collettivit  la necessit  di adeguarsi alla sua estrinsecazione anche nei confronti di minori, lavoratori, istituzioni, imponendo loro un mutamento dei tradizionali valori, comunemente accettati”.

¹²⁴ Nella sent. n. 237 del 2019   confermato che “allo stato”, nel nostro ordinamento,   “escluso che genitori di un figlio possano essere due persone dello stesso sesso” e dichiara inammissibile la questione sollevata sulla “omogenitorialit ”.

Davvero si può credere che tutto ciò non incida sulla pari dignità sociale delle persone in base al loro orientamento sessuale?

Il tema della dignità nella procreazione, tuttavia, ritorna anche in maniera forzata. La Corte costituzionale, infatti, “incidentalmente” ha detto che “la maternità surrogata (...) offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane” e chiosa la propria sentenza ribadendo l’“elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale” (sent. n. 272 del 2017)¹²⁵.

Mi pare interessante rilevare come, contrariamente alla dimensione soggettiva della dignità del soggetto asessuato di fronte al fine vita, la dignità della donna assuma in queste parole una chiara connotazione oggettiva, insensibile a qualunque rilevanza delle sottostanti motivazioni della gestante per altre e altri.

Come nel caso del divieto assoluto di aiuto al suicidio dichiarato illegittimo nel caso Cappato¹²⁶, anche nell’ipotesi della gestazione per altre e altri il legislatore prevede un “divieto assoluto”. Se nel primo caso vi sono ipotesi circostanziate che possono costituire un’esimente, perché escludere tramite *obiter dictum* che la gestazione e il parto – in quanto tali e, nella loro meravigliosa unicità, scissi dai doveri della genitorialità – possano essere una scelta davvero libera e responsabile che una donna decide autonomamente di vivere per lo sviluppo della propria personalità¹²⁷? Anche in questo campo della c.d. bioetica c’è posto per un’idea di dignità della persona – necessariamente di sesso femminile – di ca-

¹²⁵ In proposito di maternità surrogata S. NICCOLAI, *Maternità omosessuale e diritto delle persone omosessuali alla procreazione. Sono la stessa cosa? Una proposta di riflessione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3 del 2015, 25, parla proprio di “capacità lesiva della dignità di ogni donna e di ogni essere umano espressa dal fenomeno in sé considerato e dai discorsi che lo accompagnano”. Condivide il profondo disvalore espresso dalla Corte costituzionale F. ANGELINI, *Bilanciare insieme verità di parto e interesse del minore. La Corte costituzionale in materia di maternità surrogata mostra al giudice come non buttare il bambino con l’acqua sporca*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1 del 2018. Si rinvia a A. SCHILLACI, *Oltre la «rigida alternativa» tra vero e falso. Identità personale, verità biologica e interesse del minore nella sentenza n. 272/17 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.1 del 2018, 385 ss.

¹²⁶ Cfr. C. TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”? Sulla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano d’altri”*, in *Biodiritto*, n. 12 del 2019.

¹²⁷ Tribunal Constitutional, Acórdão n. 225/2018, Processo n. 95/17, in *tribunalconstitucional.pt*. Cfr. A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e dimensioni della dignità: alla ricerca di un paradigma*, in M. CAIELLI, B. PEZZINI, A. SCHILLACI (a cura di), *Riproduzione e relazioni, cit.*, 179 ss.

rattere soggettivo e personale? Tale interrogativo non comporta affatto non porre limiti ai desideri, anche se la Costituzione i limiti li pone al libero mercato e alla sua incontentabile ricerca di profitto, non all'auto-determinazione sessuale e riproduttiva delle donne che, se fosse davvero garantita con tutele costituzionali inderogabili dalla legge e ancor di più da negozi privati, non sarebbe a mio parere compatibile con un divieto penale assoluto.

Questo slittamento dalla dignità soggettiva a quella oggettiva nel caso in cui la persona sia una donna si riscontra anche nella recente sentenza sul favoreggiamento della prostituzione che si è estesa alla prostituzione *tout court*¹²⁸, nella misura in cui la decisione assume come dato che si tratta di mestiere prevalentemente femminile. Farne un proprio mestiere, però, cozzerebbe con “il concetto di «dignità» in senso oggettivo”, a nulla rilevando la “dignità soggettiva” come “dignità-autodeterminazione” o “dignità-autonomia”¹²⁹: si tratterebbe di “una particolare forma di attività economica” non dignitosa in modo oggettivo *ex art.* 41 Cost., “ammesso pure che vi siano persone che considerano personalmente gratificante esercitare la prostituzione” (sent. n. 141 del 2019). La sentenza, dunque, fa giustamente salva la legge n. 75 del 1958 che, in realtà, protegge la «dignità oggettiva» della persona che si prostituisce per difenderla contro lo sfruttamento e la strumentalizzazione da parte di terzi, non da se stessa che mantiene intatta la propria dignità soggettiva. La onorevole

¹²⁸ È possibile cogliere tra le righe della sentenza un certo *favor* per non far ricadere nelle ipotesi di favoreggiamento condotte collaterali di mutuo soccorso tra le prostitute. Deve considerarsi, infatti, il giudizio a quo per il quale “la tutela della persona che si prostituisce è solo indiretta, mirando l’incidente di costituzionalità a salvaguardare, in prima battuta – e soprattutto – i terzi che si intromettono nell’attività di tale persona o che cooperano con essa”. La sentenza anzi mi pare intenda distinguere la fattispecie del giudizio a quo con altre ipotesi di cooperazione tra prostitute quando afferma “la disciplina censurata si paleserebbe – nella sua assolutezza – eccedente lo scopo, vietando ogni cooperazione anche con quelle persone che si prostituiscono per effetto di scelte pienamente libere e consapevoli: fenomenologia che, per quanto ridotta possa essere la sua incidenza percentuale, meriterebbe, comunque sia, un trattamento differenziato”. Oltre aggiunge che «... non significa, peraltro – come appare evidente – che l’incriminazione delle “condotte parallele” alla prostituzione rappresenti una soluzione costituzionalmente imposta e che il legislatore non possa, nella sua discrezionalità, decidere di fronteggiare i pericoli insiti nel fenomeno della prostituzione con una strategia diversa».

¹²⁹ R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, Relazione al Seminario tenutosi l’11 ottobre 2019 all’Università di Roma Tre, in *Forum di Quad. cost.* 9/2019, utilizza questi due termini richiamando le sentenze nn. 114 e 144 del 2019. Sul concetto di autonomia come autodeterminazione rinvio al mio *L'autonomia e le sue esigenze, cit.*

Merlin si guardava bene dal giudicare le prostitute, casomai contestava i salari bassi come causa prevalente della scelta di prostituirsi¹³⁰. Anche oggi, dunque, non è la pari dignità sociale delle prostitute¹³¹ a dover essere messa in dubbio, ma un ordinamento che non attua il principio di eguaglianza sostanziale consentendo un'esistenza dignitosa alle lavoratrici e ai lavoratori.

9. *Dignità e lavoro dipendente*

In base all'art. 41, secondo comma, Cost. la libertà di iniziativa economica è tutelata a condizione che non comprometta altri valori che la Costituzione considera preminenti: essa non può, infatti, svolgersi “in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. Dopo il tragico bilanciamento operato nel 2013 sul caso Ilva¹³², nella sentenza n. 58 del 2018 si afferma che “il sacrificio di tali fondamentali valori tutelati dalla Costituzione porta a ritenere che la normativa impugnata non rispetti i limiti che la Costituzione impone all'attività d'impresa la quale, ai sensi dell'art. 41 Cost., si deve esplicitare sempre in modo da non recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. Rimuovere prontamente i fattori di pericolo per la salute, l'incolumità e la vita dei lavoratori costituisce infatti condizione minima e indispensabile perché l'attività produttiva si svolga in armonia con i principi costituzionali, sempre attenti anzitutto alle esigenze basilari della persona”¹³³.

¹³⁰ Cfr. intervento dell'On. Merlin del 12 ottobre 1949, 1948-49 – CCLXXXI Seduta, 10806: “pensavo che nella maggior parte degli italiani fossero maturi quei principi di libertà e di giustizia sociale che la nostra Costituzione afferma con tanta solennità”.

¹³¹ Cfr. M. PICCHI, *La legge Merlin dinanzi alla Corte costituzionale. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 141/2019 della Corte costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, n. 9 del 2019, 13 ss.

¹³² Peccato che questi valori preminenti non vengano citati nella sent. n. 85 del 2013 sul caso Ilva, prospettato in modo da ipotizzare un bilanciamento “tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui deriva l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso”. Criticava tale impostazione ricordando il primato della dignità umana e sociale della persona G. BUCCI, *L'Ilva come laboratorio di uno Stato neo-corporativo tra conflitti di potere e disastri socio-ambientali*, in G. LUCHENA, V. TEOTONICO (a cura di), *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, Bari 2015, 96-97.

¹³³ In seguito all'ord. n. 230 del 2019 di restituzione degli atti al rimettente per un nuovo esame della rilevanza e della non manifesta infondatezza delle questioni alla

Secondo Zagrebelsky¹³⁴, con la Costituzione repubblicana si è compiuta una cesura con il passato ordinamento proprio perché il lavoro è passato da strumento di esclusione a mezzo di inclusione sociale¹³⁵ e, d'altra parte, il famoso Statuto dei lavoratori è intitolato *Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori*, così come il più recente c.d. “decreto dignità”. In questo solco la Corte costituzionale ha constatato una “affermazione sempre più netta del «diritto al lavoro» (art. 4, primo comma, Cost.), affiancata alla «tutela» del lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, primo comma, Cost.), [che] si sostanzia nel riconoscere, tra l'altro, che i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro. Il forte coinvolgimento della persona umana – a differenza di quanto accade in altri rapporti di durata – qualifica il diritto al lavoro come diritto fondamentale, cui il legislatore deve guardare per apprestare specifiche tutele” (sent. n. 194 del 2018).

In quest'ottica la Corte costituzionale ha dichiarato fondata la questione sollevata sull'indennità per illegittimo licenziamento costruita dal *Jobs Act* come liquidazione legale forfetizzata e standardizzata, in nome della necessaria “discrezionalità del giudice” che “risponde all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pure essa imposta dal principio di eguaglianza”. Tutto ciò, però, “all'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa”: in altri termini il diritto al lavoro e alla sua continuità, valori costituzionali, sono posti in bilanciamento con la “libera organizzazione di impresa” nonostante la Corte sappia benissimo e affermi, richiamando un precedente antico (sent. n. 63 del 1966), che «il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti» (pt. 3 del Considerato in diritto).

Rinunciare ai propri diritti per timore è la definizione migliore per raccontare chi non gode di pari dignità sociale e spera di avere giustizia resa, anche da una Corte costituzionale esigente tanto quanto la Costituzione che è chiamata a garantire.

luce del mutato quadro normativo si attende il giudizio in merito anche alla violazione dell'art. 41 Cost.

¹³⁴ G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*, Torino 2013.

¹³⁵ Cfr. M. CAVINO, I. MASSAPINTO (a cura di), *Costituzione e lavoro*, Bologna 2013.



SAGGI

Daniela Bifulco

IL VINCOLO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE, LA DECISIONE SULLA POLITICA ESTERA E LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA

SOMMARIO: Introduzione. – 1. Selezione di ambiti di interesse in cui la giurisprudenza costituzionale incrocia la politica estera. – 2. La Corte e i trattati internazionali. – 3. Le corti, la ‘normalizzazione’ delle relazioni internazionali e la cd. *third wave of judicial review*. Il caso della sentenza n 238/2014. – 4. Lo sgretolamento dell’insindacabilità dell’atto cd. politico. – 5. Conclusioni.

Introduzione

La scelta di avvicinare, fin dal titolo di queste note, corte costituzionale e politica estera potrebbe apparire contro-intuitiva, visto che il controllo sul potere estero è funzione che spetta innanzitutto ai parlamenti¹, non certo alle corti costituzionali. È sufficiente però rivolgere lo sguardo al trend di ‘giurisdizionalizzazione’ della politica estera, caratterizzato da corti – supreme e non – che, aggirando il blocco della cd. *political question*, intervengono ormai sempre più spesso su temi di politica estera², per dar ragione della scelta tematica. Lungi dal voler

¹ Che il controllo politico dei parlamenti nazionali sul potere estero abbia costituito una ‘dimensione costitutiva fondamentale’ del loro sviluppo storico ‘nell’ambito del costituzionalismo liberal-democratico’ è stato ricordato, con riferimento al Parlamento europeo e alla politica estera della Ue, da E. GIANFRANCESCO, *La politica estera e di sicurezza europea prima e dopo il Trattato di Lisbona*, in *Forumdiquadernicostituzionali.it*, 18 aprile 2011; segnaliamo, di questo scritto, anche le pagine iniziali, dove si propone una breve riflessione (tanto insolita, nel panorama costituzionalistico interno, quanto persuasiva) sui motivi d’interesse che il tema della politica estera dell’Unione europea riveste per gli studiosi di diritto costituzionale.

² Tra i più recenti contributi sul punto, si rinvia a E. CHACHKO, *Foreign Affairs in Courts: Lessons from CJEU Targeted Sanctions Jurisprudence*, in *The Yale Journal of International Law*, 2019, vol. 44 (spec. 2, per una ricostruzione sintetica del dibattito relativo all’intervento delle corti sul Foreign Relations Law); cfr. anche R. EKSTEEN, *The Role of*

indicare tendenze nette o precisi itinerari evolutivi della giurisprudenza costituzionale in materia di politica estera, il nostro contributo si propone invece di evidenziare qualche profilo di interesse che emerge dall'osservazione di talune pronunce della Corte costituzionale italiana, in cui il tema della politica estera ha assunto, in un modo o nell'altro, rilievo.

Nei tre ambiti a tal fine selezionati – trattati e leggi di autorizzazione alla ratifica, il diritto internazionale consuetudinario e l'atto cd. politico – gli interventi della Corte indicano una dinamica 'espansiva' in cui la Corte, al di là del merito delle sue singole decisioni, si è comunque trovata a esprimersi in relazione a sfere, quale quella della politica estera e dei rapporti internazionali, ritenute, tradizionalmente e per lungo tempo, 'inattaccabili' dal sindacato della Corte.

In tal senso, questi appunti possono intendersi come un piccolo tassello volto a saggiare l'attualità – perdurante o meno – dell'opinione di un'autorevole dottrina che, alcuni decenni fa, aveva ritenuto essere, quello dei rapporti internazionali, "un settore su cui probabilmente per ora il diritto costituzionale non è riuscito a stendere le sue ampie ali. Il fatto che non vi si sia ancora giunti è un sintomo dell'arretratezza del nostro sistema di garanzia costituzionale rispetto a quelli vigenti in altri paesi"³.

1. *Selezione di ambiti di interesse in cui la giurisprudenza costituzionale incrocia la politica estera*

Rispetto al primo ambito, quello relativo al diritto internazionale patizio, apparirà forse di più immediata evidenza il modo il cui le corti costituzionali possano entrare in gioco in un campo tradizionalmente riservato agli organi di indirizzo politico, per esprimersi, più o meno direttamente, sulla corretta ripartizione di competenze tra questi ultimi nella conduzione della politica estera. Certo, non può dirsi che la giurisprudenza delle Corti nell'ambito appena indicato, quello dei trattati e delle leggi interne che ne autorizzino la ratifica, esaurisca il possibile campo d'intervento del giudice costituzionale sui rapporti tra ordinamenti (in-

the Highest Courts of the United States of America and South Africa, and the European Court of Justice in Foreign Affairs, Springer 2019.

³ G. ZAGREBELSKY *Trattato segreto e potere di controllo della Corte costituzionale, in Il trattato segreto. Profili storico-diplomatici e regime giuridico*, Atti del Convegno di Studi sassarese del 24-26 marzo 1988, a cura di P. Fois, Padova 1990, 336.

terno, sovranazionale e internazionale) e su temi concernenti la politica estera. Del resto, è la natura stessa dell'interplay between international law and domestic law' a rivelarsi 'greater and far more complex than the universe of treaty-making'⁴.

Tali vastità e maggior complessità, che caratterizzano la sfera dei rapporti tra (fonti di) ordinamenti diversi, non possono non riverberarsi sulle pronunce delle Corti. Per quanto vasto possa essere il potenziale spettro d'intervento della Corte costituzionale su tale sfera, è pur vero, però, che le decisioni di quest'ultima concernenti l'articolo 80, seppur sporadici, riescono talvolta a far emergere con più nettezza le linee di interferenza, o conflitto, tra organi di indirizzo politico (e, talvolta, tra questi ultimi e Corte stessa). Basti pensare all'espressione 'trattati di natura politica', di cui all'articolo 80, per avere una prima impressione della densità di problemi annidati in questa disposizione e nella sua interpretazione.

Il secondo ambito concerne invece l'atto cd. politico del governo: la natura, appunto 'politica', di taluni atti governativi concernenti la politica estera ha costituito, per lungo tempo, un significativo ostacolo alla loro 'giustiziabilità' da parte delle corti, tanto di quelle amministrative quanto di quelle ordinarie. Si vedrà, tuttavia, che da alcune pronunce della Corte costituzionale del decennio scorso, relative al concetto di atto politico, possono estrapolarsi orientamenti volti a porre in dubbio l'esistenza di spazi riservati alla scelta politica totalmente insindacabili dal giudice (costituzionale o di altra natura).

Infine, e per venire al terzo degli ambiti qui presi in considerazione, si ricorderà come la Corte italiana, rivendicando il sindacato costituzionale finanche sul diritto internazionale consuetudinario (ci riferiamo alla sentenza n. 238/2014 sulla norma consuetudinaria internazionale relativa all'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri), abbia espresso non soltanto la volontà di sottoporre a scrutinio costituzionale condotte e *norm-setting* di organizzazioni e regimi internazionali⁵, ma anche una visione, *lato sensu politica*, del ruolo dell'Italia nella dimensione sovra – e internazionale.

Nei tre ambiti che si prendono qui in considerazione, e nelle pronunce selezionate, le risposte della Corte partono, sì, dal discorso sulle fonti e sui rapporti tra fonti interne e sovranazionali e internazionali, finendo,

⁴ J.H.H. WEILER, D. LUSTIG, *Judicial review in the contemporary world – Retrospective and perspective: a Rejoinder*, in *I-CON* (2019) Vol. 17 No. 1, 41.

⁵ J.H.H. WEILER, D. LUSTIG, *Judicial review in the contemporary world – Retrospective and perspective*, in *I-CON* (2018) Vol. 16 No. 2, 347.

tuttavia, per intervenire su questioni più profonde, quali il rapporto (per semplificare) tra diritto e politica, l'indirizzo politico sulla politica estera. In tal modo, si profila un ruolo – talvolta potenzialmente, talvolta concretamente – concorrenziale della Corte rispetto agli attori politici cui è demandato, per eccellenza, il primato sulla politica estera: il parlamento, *in primis* (per i motivi cui dianzi si è accennato), e il governo.

Le decisioni selezionate saranno poste a confronto con trend più generali, di portata sovranazionale e, segnatamente, con dinamiche qualificate dalla dottrina nei termini di 'normalizzazione delle relazioni internazionali' e di 'terza ondata' del *judicial review* (*infra*, par.3). Con ciò, non intendiamo 'forzare' gli indirizzi della Corte in tema di politica estera nell'orbita delle tendenze cui faremo riferimento, ma soltanto inscrivere certi passi della Corte italiana in un'ottica più vasta; del resto, è la materia stessa di cui ci stiamo occupando, la politica estera, a giustificare un approccio non limitato ai confini nazionali. Né intendiamo assumere quei trend stessi come assoluti e indiscutibili; essi sono, appunto, tendenze, segnali, che certo non possono ammantarsi della natura di verità obiettive.

È la natura stessa – multiforme, cangiante – della giurisprudenza costituzionale in tema di politica estera e relazioni internazionali che renderebbe inopportuna l'ambizione di delineare delle univoche linee di tendenza o di individuare risposte a taluni interrogativi sollevati dalla materia in esame. Si pensi, a riprova di ciò, alla differenza tra politica estera e relazioni internazionali. Se l'interprete volesse chiarire a se stesso il significato di tale discriminazione attraverso la giurisprudenza costituzionale, non potrebbe giovarsi che di alcune pronunce, di tenore, sì, costante, ma non risolutive, esaustive o appaganti quanto all'essenza di quella distinzione.

Così, egli dovrà 'accontentarsi' di quel che la Corte ha statuito in relazione all'articolo '117, secondo comma, lettera a), Cost. (come modificato con l.3/2001,)' ; tale disposizione, a parere della Corte, 'nel delineare la competenza legislativa spettante in via esclusiva allo Stato, sottolinea una dicotomia concettuale tra meri "rapporti internazionali" da un lato e "politica estera" dall'altro, che non si ritrova nel terzo comma dello stesso art. 117, che individua la competenza regionale concorrente in materia internazionale. La politica estera, pertanto, è una componente peculiare e tipica dell'attività dello Stato, che ha un significato diverso e specifico rispetto al termine "rapporti internazionali": mentre questi ultimi sono astrattamente riferibili a singole relazioni, dotate di elementi di estraneità rispetto al nostro ordinamento, la "politica estera" concerne l'attività

internazionale dello Stato unitariamente considerata in rapporto alle sue finalità ed al suo indirizzo⁶. Tant'è.

Ma il problema – tutto politico, e di competenza degli organi di indirizzo, non certo della Corte – pare proprio coincidere col fatto che, nello scenario attuale, non è sempre facile farsi un'idea dell'essenza di tale 'attività internazionale dello Stato unitariamente considerata in rapporto alle sue finalità ed al suo indirizzo'. A congiurare nel senso di tale difficoltà, insistono fattori esogeni ed endogeni che stanno 'sgretolando'⁷ e modificando nel profondo le prassi di politica estera, rendendo quest'ultima spesso 'orfana di indirizzi preventivi' (*infra*, par. 3)⁸.

2. La Corte e i trattati internazionali

Inizieremo col citare due decisioni della Corte costituzionale, distanti nel tempo, nello stile e nella cifra giuridica (l'una originata da una questione di legittimità costituzionale, l'altra da un conflitto d'attribuzione tra poteri dello stato), su temi però molto rilevanti di politica estera e rapporti internazionali, ovvero l'extradizione e l'immigrazione. È appunto il rilievo di temi siffatti per la politica estera e per le relazioni estere che ci porta ad introdurre il discorso con due pronunce del giudice costituzionali altrimenti incomparabili.

Nonostante le profonde diversità di contesto giuridico, le due decisioni in parola aiutano a visualizzare due atteggiamenti della Corte, due 'stili' nel trattare temi di politica estera, radicalmente opposti: l'uno, interventista, decisionista e *tranchant*, l'altro, invece, decisamente più cauto.

Il primo dei due atteggiamenti caratterizza la sentenza n. 58 del 1997, in cui le questioni del rapporto tra fonti internazionali (trattato internazionale) e fonti interne, e degli effetti interni prodotti da un ordine di esecuzione, vennero a intrecciarsi con un tema 'forte' di politica estera, ovvero l'extradizione, e col problema relativo al potere discrezionale del

⁶ Corte cost., n. 285/2008. Sulla differenza tra politica estera e relazioni internazionali, cfr. altre decisioni precedenti, come la sentenza n. 211 del 2006, citata nella sentenza 285/2008.

⁷ F. LONGO, *Parlamento e politica estera. Il ruolo delle commissioni*, Bologna 2011, 17.

⁸ Sullo 'sgretolamento', o polverizzazione, del potere estero, della sua unitarietà, a favore di enti politici territoriali (v. potere estero regionale), da un lato, e a favore di organizzazioni sovranazionali, dall'altro (v. potere estero europeo) e sulle relative cause, *ivi*, 17 ss, 22-24.

Ministro di Giustizia di concederla o meno. Alla delicatezza del tema, si aggiungeva la delicatezza del caso di specie, che traeva origine dal ricorso, presso il giudice di legittimità, di Eric Priebke⁹, arrestato provvisoriamente in Italia e a fini di estradizione, per fatti relativi all'eccidio delle Fosse Ardeatine.

Nel ragionare sulla natura giuridica della norma convenzionale, e sugli effetti della stessa sull'ordinamento interno¹⁰, la Corte definì *facoltizzante ma non vincolante* la norma internazionale di diritto pattizio¹¹. Nel

⁹ Il giudizio di legittimità costituzionale verteva sugli artt. 1 e 2 della legge 30 gennaio 1963, n. 300 (Ratifica ed esecuzione della convenzione europea di estradizione, firmata a Parigi il 13 dicembre 1957), con riguardo agli artt. 8 e 9 di detta convenzione, e fu promosso con ordinanza emessa il 5 settembre 1996 dalla Corte di Cassazione sul ricorso proposto da Eric Priebke. L'art. 8, ad avviso della Corte remittente, avrebbe dato facoltà al Ministro della giustizia di concedere o meno l'estradizione, con determinazione discrezionale, nel caso in cui fosse in corso in Italia procedimento penale nei confronti della persona richiesta, per lo stesso fatto per il quale era domandata l'estradizione (art. 8). Secondo il giudice a quo, 'il riconoscimento all'autorità politico-amministrativa del potere discrezionale di concedere l'estradizione in pendenza del procedimento interno per il medesimo fatto comporterebbe violazione dell'art. 24, secondo comma, della Costituzione, poiché l'estradato non potrebbe difendersi partecipando al processo, che d'altra parte non potrebbe né venir meno (data l'irretrattabilità dell'azione penale), né essere sospeso senza violare il diritto dell'imputato ad una sollecita definizione del processo, né comunque riprendere successivamente in Italia perché lo impedirebbe il divieto del bis in idem dopo la formazione del giudicato nello Stato destinatario dell'estradizione. Sarebbero inoltre violati l'art. 25, primo comma, e l'art. 112 della Costituzione, perché la decisione politico-amministrativa discrezionale di estradizione sottrarrebbbe il processo al giudice interno precostituito e comporterebbe l'abbandono del processo pendente in Italia e la rimessione della formazione del giudicato alla giurisdizione dello Stato richiedente' (cons. in diritto, par. 1).

¹⁰ Ad avviso della Corte, la ricostruzione del giudice a quo non avrebbe tenuto 'sufficiente conto della natura della norma contenuta nell'art. 8 della Convenzione europea di estradizione, ai cui sensi "une Partie requise pourra refuser d'extrader un individu réclamé si cet individu fait l'objet de sa part de poursuites pour le ou les faits à raison desquels l'extradition est demandée". Si tratta di una norma di diritto internazionale pattizio, rivolta agli Stati contraenti e non operante direttamente negli ordinamenti interni di questi. Essa attribuisce allo Stato richiesto (la Partie requise è lo Stato come soggetto di diritto internazionale, non questo o quell'organo previsto dall'ordinamento interno), che abbia in corso un procedimento penale per lo stesso fatto nei confronti del soggetto di cui è chiesta l'estradizione, la facoltà di rifiutarla: ponendo dunque un limite all'estensione dell'obbligo di concedere l'estradizione, che costituisce l'oggetto principale della convenzione. (...) Questa, e non altra, è la portata normativa, nel diritto internazionale, della disposizione in questione: la quale non costituisce e non regola poteri o competenze degli organi interni degli Stati contraenti, ma si limita a prevedere una condizione, verificandosi la quale non sussiste l'obbligo internazionale di estradizione'. (cons. in diritto, par. 4).

¹¹ 'In presenza di siffatta norma internazionale che riconosce una facoltà, non può che rimanere rimesso all'ordinamento interno di ciascuno degli Stati contraenti regolare

caso di specie, quest'ultima coincideva con l'art. 8 della Convenzione europea di estradizione, firmata a Parigi il 13 dicembre 1957, che avrebbe concesso facoltà al Ministro della Giustizia di pronunciarsi a favore dell'extradizione, con determinazione discrezionale, nel caso in cui fosse in corso in Italia un procedimento penale nei confronti della persona richiesta. Nella interpretazione della Corte, il sistema normativo, in presenza del nuovo codice, andava 'ricostruito nel senso che la pendenza del procedimento penale vieta, anche nelle fattispecie cui risulta applicabile la convenzione europea di estradizione, di adottare una pronuncia di estradabilità.' (Cons. in diritto, par. 7).

Sulla base di una certa lettura dei rapporti tra ordinamenti, criticata in dottrina in quanto rigidamente 'dualista'¹², la Corte giunse ad escludere qualsiasi margine per l'intervento discrezionale del Ministro della giustizia sul caso dell'extradizione di Priebeke¹³. Eppure, altre soluzioni, è stato osservato in dottrina, sarebbero state ammissibili¹⁴.

Non si vuole, qui, né aderire alla dottrina che ha sottoposto a vaglio critico l'iter argomentativo della Corte, né aderire invece a quest'ultimo, bensì soltanto evidenziare un'interessante *presa di posizione* della Corte su una questione scottante di relazioni internazionali che, nel caso di specie, chiamava in causa l'ambito di discrezionalità della decisione politica dell'esecutivo (per il tramite del Ministro di Grazia e Giustizia). Quel che abbiamo definito 'presa di posizione' è stato, certo, il risultato ultimo e indiretto, dato che la questione di legittimità costituzionale verteva su aspetti tutti interni al rapporto tra fonti internazionali ed interne. Non può non immaginarsi, tuttavia, che alla Corte non fosse ben presente il

la fattispecie, stabilendo se e a quali condizioni, e per determinazione di quale autorità, l'extradizione possa o debba essere concessa o negata' (par. 5 del cons. in diritto).

¹² E. CANNIZZARO, *Sugli effetti interni di convenzioni internazionali di estradizione che pongono facoltà*, in *Giur. cost.*, 1997, 2003.

¹³ 'L'art. 705 cod. proc. pen., in assenza di contrastanti disposizioni di convenzioni internazionali (cioè di disposizioni che sanciscano l'obbligo per lo Stato italiano di concedere l'extradizione pur in pendenza di procedimento penale in Italia), comporta ora il divieto di estradare, e dunque comporta una pronuncia di non estradabilità da parte dell'autorità giudiziaria competente, con esclusione di ogni potere discrezionale del Ministro. Alla facoltà, riconosciuta allo Stato nell'ordinamento internazionale, di rifiutare l'extradizione, corrisponde ora dunque, nell'ordinamento interno, il divieto di concederla' (cons. in diritto, par. 6).

¹⁴ Per proposte di itinerari argomentativi alternativi a quelli scelti dalla Corte, cfr., ad esempio, E. CANNIZZARO, cit., 2003-2009, e G. DI CHIARA, *In tema di estradizione convenzionale e principio di sussidiarietà: appunti 'a prima lettura' su Corte cost. 58/97*, in *Foro It.*, 1997, I, 641 ss.

peso specifico, molto politico, della sua decisione. Parliamo, insomma, di una sentenza in cui la Corte decide di risolvere la questione in un modo che finisce per lambire molto da vicino le sfere di discrezionalità di attori politici. Tenuto conto che altre vie avrebbero potuto essere seguite dalla Corte, anche su suggestione di taluni orientamenti giurisprudenziali sul tema del rapporto tra fonti interne e internazionali¹⁵, la sentenza in parola ci è sembrata un esempio alquanto eloquente rispetto al tema che stiamo trattando.

Per venire alla seconda delle decisioni selezionate, può ricordarsi che, recentemente, la Corte ha dovuto confrontarsi sul tema del diritto di 'azione in giustizia costituzionale'. Il riferimento è all'ordinanza n.163/2018, relativa al conflitto di attribuzione sollevato da quattro Deputati, con quattro singoli ricorsi, contro il Governo, per omessa presentazione del progetto di legge di autorizzazione alla ratifica del 'Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana' del 2 febbraio 2017 ('Memorandum Minniti').

Nell'ordinanza in parola, tale accesso è negato; affermando che 'sono proprio le previsioni relative alla riserva di legge (art. 80 Cost.) e alla riserva di assemblea (art. 72, quarto comma, Cost.) ad individuare nella Camera di appartenenza il soggetto titolare della sfera di attribuzioni costituzionali che sarebbe stata violata; conseguentemente, legittimata a reagire contro tale violazione deve ritenersi la Camera di appartenenza, e non il singolo parlamentare', la Corte sembra replicare ai suoi interlocutori (i deputati-ricorrenti) che essi stanno scorrettamente (diciamo anarchicamente) interpretando il proprio ruolo, pretendendo di rivendicare una legittimazione processuale che soltanto la Camera, nel suo insieme, avrebbe potuto rivendicare (ma vedi possibili aperture, *pro futuro*, in ordinanza n. 17/2019)¹⁶.

Il punto su cui vorremmo richiamare l'attenzione prescinde dal merito della decisione della Corte; l'importanza della vicenda, in questa sede, risiede, per un verso, nel fatto che essa ha sollevato il problema dell'accesso alla giustizia costituzionale e, segnatamente, dell'accesso in giusti-

¹⁵ Richiamati dalla Corte, ma non in senso adesivo: V. ultima parte del par. 7 del considerato in diritto della sentenza 58/1997.

¹⁶ Per un'analisi critica dell'ord. n. 163/2018, nonché per i suoi rapporti con l'ord. n. 17/2019, v. A. JR GOLIA, *La fortezza che resiste. Potere estero, conflitto di attribuzione e prescrittività costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, 47, spec. 84-89.

zia costituzionale dei singoli parlamentari. D'altro lato, l'intera vicenda ha riportato all'attenzione, sin dal suo inizio, vale a dire fin dalle ragioni poste a base dei quattro ricorsi, un dato costituzionalmente assai significativo, l'esser cioè la legge di autorizzazione alla ratifica di un trattato internazionale non soltanto un atto di mero controllo-verifica, ma anche un 'giudizio che il Parlamento dà sull'operato del Governo', un giudizio che, lungi dal porre il Parlamento in funzione 'notarile', 'associa invece quest'ultimo all'indirizzo di politica estera che il Governo persegue'¹⁷. Il che equivale a dire che, nel disegno costituzionale italiano, il potere estero non è 'autonomo', non è prerogativa, cioè, del solo Governo¹⁸.

Il dato più significativo, e di ordine più generale, che tale vicenda ha portato a emersione non è certo la rivendicazione del potere, da parte dei singoli membri della Camera, di intervenire autonomamente sulla legge di ratifica (prerogativa che non compete al singolo deputato), bensì la rivendicazione della prerogativa – questa, sì, spettante al singolo membro del Parlamento – di esaminare e discutere il progetto di legge, per poterlo *giudicare*, emendare, contestare, in una sana ottica di checks and balances.

E sebbene, nel caso di specie, tali checks and balances non contemplino la possibilità che il singolo parlamentare sia legittimato a ricorrere allo strumento del conflitto tra poteri dello Stato, vero è anche che – in base a una clausola di stile ormai divenuta ormai classica – resta 'impregiudicata la questione se *in altre situazioni* siano configurabili attribuzioni individuali di potere costituzionale, per la cui tutela il singolo parlamentare sia legittimato a ricorrere allo strumento del conflitto tra poteri dello Stato (ordinanza n. 177 del 1998; nello stesso senso, ordinanza n. 277 del 2017 e sentenza n. 225 del 2001)'. Un siffatto rinvio è formulato altresì in chiusura di un'altra, e più recente, ordinanza della Corte (n. 17/2019): 'Nondimeno, *in altre situazioni*, una simile compressione della funzione costituzionale dei parlamentari potrebbe portare a esiti differenti'.

In entrambi i casi, sembra prefigurarsi una *chance* futura, un possibile ripensamento della Corte (e del sistema tutto), più che *un'esitazione* della Corte. Nelle due ordinanze appena citate (n. 163/2018 e n. 17/2019), un

¹⁷ M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Parlamento (funzioni)*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXI, Milano 1981, 806.

¹⁸ Per la puntuale ricostruzione della dottrina su questo profilo, v. E. OLIVITO, *Il cul-de-sac costituzionale degli accordi in forma semplificata: iniziativa parlamentare ed esternalizzazione delle politiche migratorie*, in *Diritto pubblico*, fasc. 2, 2018, 475 ss., dove si analizzano le posizioni concordi rispetto alla tesi di Mazziotti (Galeotti, tra gli altri) e dottrine di parere contrario. Per altre tesi relative al potere estero come funzione 'autonoma' del Governo, v. anche la ricostruzione di F. LONGO, cit., 13-17.

atteggiamento di cautela della Corte convive con un atteggiamento di apertura verso futuri overruling.

Al di là del pensiero dell'interprete, e del suo giudizio sul merito delle decisioni indicate, ben più importante è osservare, da un lato, che quell'esitazione può trovare una giustificazione nella preoccupazione della Corte per l'effettività della giustizia costituzionale stessa. E, l'attenzione per l'effettività, è forse meglio garantita da una Corte che, prima di innovare il sistema, ammettendo *tout court* il 'diritto di azione in giustizia costituzionale' dei singoli parlamentari, si pronuncerà attraverso moniti, e comunque in maniera non demolitoria o direttamente creativa, affinché gli attori politici cambino atteggiamento, ritrovando la strada della separazione dei poteri, dei reciproci controlli, del corretto e pieno utilizzo di funzioni e prerogative parlamentari, del rispetto e della lealtà, e così via. Se, come è stato osservato, non è infrequente, da parte della Corte, l'esitazione di fronte a questioni, come quelle che pretenderebbero di incidere su processi economici di grande dimensione, o quelle che minaccerebbero di mettere in crisi rapporti politici interni o internazionali fondamentali, è vero anche che tali esitazioni 'non necessariamente sono espressione di animo pusillanime, ma possono essere la giusta preoccupazione di difendere l'effettività della giustizia costituzionale'¹⁹.

L'inciso 'in altre situazioni', ribadito dalla Corte per due volte, a così breve distanza di tempo, potrebbe voler dire che, in futuro, in assenza di un cambio di rotta da parte degli organi di indirizzo politico, la Corte interverrà in modo più *tranchant*, ammettendo, forse, un 'diritto di azione in giustizia costituzionale' in capo ai singoli membri parlamentari in casi simili a quelli appena citati. In tal modo, la Corte avrebbe legittimato viepiù il proprio operato innovativo, proprio a cagione del fatto che, precedentemente, essa aveva più volte ribadito l'urgenza di un corretto ripristino delle funzioni parlamentari. D'altro canto, tali aperture e rimandi al futuro confermano poi il fatto che 'il difetto di giustiziabilità come conseguenza del carattere politico del caso costituzionale non è un dato determinabile secondo regole astratte, dipendendo principalmente dall'atteggiamento di diminuita lealtà costituzionale delle forze e dei soggetti politici'²⁰.

Ora, con riguardo al tema della politica estera e del frequente aggiramento dell'art. 80 Cost., pare indubbio che si versi in una situazione

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 66.

²⁰ *Ivi*, 67.

di 'diminuita lealtà costituzionale' (se non di anarchia costituzionale) da parte di governi e parlamenti. I tempi potrebbero essere quindi maturi per un overruling sul punto della legittimazione del singolo membro parlamentare a ricorrere in casi simili a quello relativo al memorandum Libia-Italia. Vero è anche la Corte non può non porsi, lei per prima, il problema di quel dovere di 'lealtà costituzionale', e comprensibili appaiono, quindi, le sue resistenze a intervenire a vele spiegate legittimando un ricorso non previsto, ad oggi, dal sistema costituzionale. Per ora, quelle aperture accennate nella ordinanza 163/2018 e, ancor più chiaramente, nella ordinanza n. 17/2019, sono soprattutto moniti rivolti agli organi di indirizzo politico affinché cambino registro e ritrovino il senso di quella 'lealtà costituzionale'.

In chiusura di questo punto, può dirsi allora che possibili, futuri scenari di 'apertura' ad un più ampio 'diritto di accesso in giustizia costituzionale', nel senso anzidetto, potrebbero condurre la Corte ad esporsi ad uno scenario di 'concorrenza' o, più esattamente, a situazioni di più forte e incisiva interlocuzione con gli organi di indirizzo politico sul tema della politica estera; ciò, almeno, in tutti quei casi in cui la Corte ritenesse di invitare più esplicitamente gli attori politici della politica estera alla 'lealtà costituzionale'.

3. *Le corti, la 'normalizzazione' delle relazioni internazionali e la cd. third wave of judicial review. Il caso della sentenza n 238/2014*

Che la Corte venga chiamata in causa in situazioni di tensione istituzionale su temi concernenti profili non certo secondari della politica estera e delle relazioni internazionali è un dato che non dovrebbe sorprendere più di tanto, e ciò per le ragioni che tenteremo di articolare qui di seguito.

Il primo motivo concerne la politica estera in sé considerata e le sue trasformazioni, nel corso delle quali essa è divenuta sempre meno controllabile dai parlamenti, in virtù di fattori sia endogeni sia esogeni.²¹ È un argomento, questo, che concerne la democrazia e il sistema costituzionale, nel suo insieme, e che si ricollega a quanto accennavamo a proposito dello spettro d'azione in cui la politica estera si esprime, ben più vasto di quello riconducibile ai trattati internazionali; il secondo argomento

²¹ F. LONGO, cit., 17-29.

attiene invece più propriamente al ruolo delle corti nell'ambito della cd. normalizzazione del *Foreign Relations Law*.

Quanto al primo argomento, si è già premesso come molti fattori esogeni stiano contribuendo a modificare nel profondo l'essenza stessa della politica estera: molti studi hanno chiarito come la cd *global governance* produca meccanismi di soft law, accordi bilaterali, infiniti network, tutti elementi che rafforzano vieppiù il potere degli esecutivi, lasciando in ombra i parlamenti²² e minando così alla radice il sistema dei *checks and balances*. Ai fini dell'economia di queste note, l'aspetto che più interessa sottolineare attiene a quell'effetto dello 'sgretolamento' della politica estera²³ che si traduce in un difetto, sempre più marcato, di controllabilità della politica estera nelle sedi proprie, ovvero nei parlamenti. Le svariate modalità di esercizio che, nel bene e nel male, stanno portando a un cambiamento profondo della politica estera hanno come risultato ultimo la 'stratificazione di quote' di politica estera, che risultano ben poco controllabili in quanto estranee, di fatto, all'indirizzo politico e 'orfane' di indirizzi preventivi²⁴.

A fini esemplificativi, e richiamando il profilo degli accordi bilaterali, può citarsi l'eloquente caso, occorso in Italia nel 2007, in cui un accordo di cooperazione militare tra Italia e Usa, avente ad oggetto la base vicentina Dal Molin, fu assunto in vista dell'incremento qualitativo e quantitativo della presenza militare statunitense in Italia. Tale accordo fu adottato in violazione, ancora una volta, delle procedure costituzionalmente previste per la stipulazione e revisione dei trattati. Come all'epoca dei fatti fu osservato, l'intervento del Governo alle Camere si tradusse 'in una mera "comunicazione" di decisioni già assunte; l'allora Ministro della Difesa collocò la vicenda "Dal Molin" nel quadro "degli accordi bilaterali ... all'interno della Nato"', e tale generico argomento, – ovvero l'inquadramento di un accordo di cooperazione militare nell'"ambito" della Nato –, bastò al governo 'per rendere superflua l'osservanza delle procedure costituzionalmente previste per la stipulazione e revisione dei trattati, spalancando così le porte di una politica estera esente da limi-

²² *Ivi, passim.*

²³ *Ivi, 23* (e note bibliografiche), ove si accenna a molteplici prassi che hanno portato all'invenzione della locuzione 'diplomazia parlamentare' (forme di dialogo fra parlamenti o parlamentari di diversi paesi), così come a iniziative di politica estera più o meno isolate ad opera di rappresentanti, apicali o meno, di organi costituzionali differenti dall'esecutivo (ad esempio, presidenti della repubblica 'europeisti', 'non sempre in linea con le coeve priorità governative').

²⁴ *Ibidem.*

ti e priva di controlli²⁵. Al tempo, non si ebbe neppure il beneficio di una minoranza parlamentare, o di singoli parlamentari, che pensassero di ricorrere alla Corte, invocando un – sia pur non ben definito (v. *retro*, par. 2) – ‘accesso in giustizia costituzionale’. Né fu reso possibile, alle numerose associazioni e comitati variamente postisi a tutela di interessi diffusi, accedere alla consultazione (o contestazione) degli accordi originari Usa-Italia sulla localizzazione della base, trattandosi, come fu detto dal Consiglio di Stato, di atti segreti e ‘politici’ e, dunque, sottratti al sindacato delle corti (sull’atto politico, v. *infra*, par. 4)²⁶.

Il secondo ordine di riflessioni in base alle quali si può giungere a considerare ‘normale’ l’eventualità che le corti, e la corte costituzionale, vengano chiamate in causa su temi di politica estera anche attraverso vie meno ‘ortodosse’ rispetto al sindacato di legittimità costituzionale delle leggi esecutive dei trattati internazionali, deriva dall’osservazione di una dinamica più generale che vede, negli ultimi decenni, le corti sempre più spesso intervenire in materie di politica estera al fine di ristabilire la separazione dei poteri e, segnatamente, le competenze dei parlamenti sul controllo del potere estero.

È appena il caso di ricordare, a tal proposito, la decisione della Corte suprema del R.U. su Brexit (*Miller v. Secretary of State for exiting the EU* 2017), che ha scandito, nel tempo del costituzionalismo, un vero e proprio *constitutional moment*²⁷ sulla separazione dei poteri e, soprattutto, sui checks and balances. Se prendiamo in prestito la categoria che Bruce Ackerman ha posto a base della sua lettura del costituzionalismo statunitense, è per evidenziare, soprattutto, come il *constitutional moment*

²⁵ M. KONZ, *Note a margine della vicenda ‘Dal Molin’. La cooperazione internazionale in materia militare ed i suoi limiti*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2007, 2.

²⁶ Così F. CORTESE, *Decisioni amministrative complesse e hard cases: il caso Dal Molin*, in *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme di democrazia*, a cura di G. ARENA, F. CORTESE, Padova 2011, 280-281, in cui si cita l’ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3992.

²⁷ L’espressione fa riferimento alla nota dottrina che B. ACKERMAN ha sviluppato nei tre volumi – vera e propria ‘saga’ del diritto costituzionale statunitense – ‘We The People’; per le svolte di tipo giurisprudenziale, v. soprattutto i volumi 2 e 3: *We The People. Transformations*, Cambridge-Londra 1998 e *We The People. The Civil Rights Revolution*, Cambridge-Londra 2014. A sostegno di quanto appena detto nel testo, si rinvia all’elenco dei casi giurisprudenziali – tutti relativi a decisioni di diverse corti nazionali che hanno ribadito l’importanza della separazione dei poteri e dei checks and balances in casi concernenti la politica estera – predisposto da C. McLACHLAN, *Five conceptions of the Function of Foreign Relations Law*, in *Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, C.A. BRADLEY ed., Oxford 2019, 21.

forgiato da quella decisione della Corte suprema del R.U. si sia posto non già nel segno della rivoluzione, bensì in quello della conservazione (dello stato costituzionale di diritto).

Siffatte dinamiche sono state ricondotte alla tendenza, propria del nostro tempo, verso la ‘normalizzazione’ delle relazioni internazionali, intesa in due sensi: in senso descrittivo, come giurisdizionalizzazione del potere estero²⁸, e dunque come tendenza, da parte delle corti, a mettere frequentemente in discussione la deferenza verso quelle dottrine che vietano ai giudici – costituzionali e non – di pronunciarsi sugli atti di politica estera. Il riferimento è alla teoria della *political question* negli Usa, l’atto politico in Italia, l’*acte de gouvernement* in Francia²⁹, l’*acte of state* in R.U., e così via. Ma tale ‘normalizzazione’/giurisdizionalizzazione del *Foreign relations law* assume altresì valenza prescrittiva³⁰, se applicata a tutti quei casi in cui i sistemi costituzionali favoriscano l’adozione di norme e/o prassi volte a ristabilire il primato dei parlamenti sul controllo della politica estera. Valgano, a titolo esemplificativo, la legge inglese del 2010 che, correggendo un’antica convenzione costituzionale, ha conferito alla House of Commons l’autorità di bloccare *indefinitamente* la ratifica dei trattati³¹, e la legge tedesca del 2005, che ha previsto un obbligo di più

²⁸ G. SITARAMAN & I. WUERTH, *The normalization of Foreign Relations Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 128, 2015, 1899 ss. Con riferimento al medesimo fenomeno nell’ordinamento internazionale, v. G. ABI-SAAB, *The Normalization of International Adjudication: Convergence and Divergences*, in *International Law and Politics*, 2010, vol. 43, 1 ss.

²⁹ Dottrina mitigata, di recente, dal *Conseil d’Etat* attraverso il concetto di ‘*acte détachable*’, definito come quell’atto o misura che suscettibile di ‘*être appréciées*’ indipendentemente dalla sua origine e dalla sua incidenza internazionale; su queste innovazioni, v. C. MCLACHLAN, cit., 26, nota 29.

³⁰ Tale sembra essere l’orientamento di G. SITARAMAN & I. WUERTH, cit., *passim*.

³¹ Sul passaggio dal regime della convenzione costituzionale in parola – cd. Ponsonby Rule – alla legge del 2010, che ha restituito centralità al Parlamento nella decisione sui trattati internazionali, v. P. CRAIG, *Engagement and Disengagement with International Institutions: the UK Perspective*, in *Oxford Handbook ...*, cit., cap. 22: ‘The shift from convention to statute came with the enactment of the Constitutional Reform and Governance Act 2010, which was part of a broader governmental program to place conventions on a more secure statutory footing (...). It is important to stand back from the detail, in order to assess the legal and political impact of the Constitutional Reform and Governance Act 2010. The legislation affords the House of Commons an ultimate veto. The minister may, after the House of Commons has resolved that the treaty should not be ratified, attempt to persuade it that this should occur by re-presenting it, thereby forcing the House of Commons to pass a further resolution against the treaty. *However, if the House of Commons remains firm, it retains the ultimate veto, and the treaty cannot be ratified. It therefore prevents the executive from committing the UK at the international level through ratification of a treaty of which Parliament disapproves*’ (corsivo nostro).

dettagliata informazione in capo al Governo di fronte al Bundestag nei casi relativi all'impiego di forze armate disposto dal Governo. Più precisamente, la legge dispone che al Bundestag siano esposte in dettaglio le circostanze che rendano eventualmente compatibile il dispiegamento di forze armate col diritto internazionale sull'uso della forza. Il rispetto di tale obbligo diviene, nella legge del 2005, condizione *sine qua non* del consenso del Bundestag³².

Venendo al piano interno, e alla luce di quanto appena osservato, non è allora peregrino affermare che anche taluni interventi della Corte costituzionale italiana in ambito di potere estero, trattati internazionali e atto politico, possono essere letti anche alla luce della tendenza alla 'normalizzazione' del potere estero. In tale dinamica, le corti intervengono, in maniera talvolta incisiva e anche *tranchante*, non già, però, in un'ottica concorrenziale rispetto ad organi di indirizzo politico o rispetto ad ordinamenti giuridici esterni. È in un'ottica simile che Joseph Weiler e Doreen Lustig hanno letto gli sviluppi più recenti del *judicial review*, osservato dalla prospettiva dell'interazione tra diritto costituzionale interno e diritto internazionale. In quel che gli Autori hanno definito 'terza ondata del judicial review', corti costituzionali (apparentemente 'sovraniste', per così dire) altro non farebbero che ribadire, di volta in volta, il principio di legalità costituzionale, il *rule of law* e i checks and balances, se necessario, *contro* il diritto internazionale; il che, lungi dall'essere una riproposizione dell'antico e 'phenomenon of domestic courts simply refusing the authority and supremacy of international legal norms' è invece un 'recoiling', una reazione generata dall'international legal order stesso, 'in which international governance is subject to weak forms of judicial review'. Così, 'when domestic courts step in (nel diritto internazionale), they have recourse to the constitutional resources at their disposal'. L'obiettivo ultimo delle corti, secondo Weiler e Lustig, è quello di utilizzare il 'judicial review device as a check on rule of law', per sopperire ai deficit democratici dei tribunali e delle organizzazioni internazionali.³³

È in questa chiave che Weiler e Lustig leggono, ad esempio, la sentenza n. 238/2014 (Ferrini) della Corte italiana. Si ricorderà come, in tale occasione, la norma consuetudinaria internazionale relativa all'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, interpretata come proposto dalla Corte internazionale di Giustizia, avrebbe determinato, secondo il

³² C.A. BRADLEY, *What is Foreign Relations Law ?* in *Oxford Handbook ...*, cit., cap. 1, anche per rinvio bibliografico alla dottrina sul punto.

³³ J.H.H. WEILER, D. LUSTIG, *A Rejoinder*, cit. 41.

giudice costituzionale, il sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti delle vittime, ponendosi in contrasto con gli artt. 24 e 2 cost. Benché la Corte ribadisse che l'unico e più qualificato interprete del diritto internazionale fosse da considerare la CIG, e benché non fosse consentito, dunque, un sindacato sulla norma internazionale da parte di amministrazioni e/o giudici nazionali, ivi compresa la Corte costituzionale stessa, quest'ultima non esitò a risolvere diversamente la questione. Il giudice delle leggi osservò infatti che non potesse escludersi 'dallo scrutinio di legittimità costituzionale la norma oggetto del rinvio operato all'art. 10, primo comma, Cost. ad una norma consuetudinaria internazionale solo perché l'art. 134 Cost. non contempla espressamente questa specifica ipotesi. Tale disposizione assoggetta al controllo accentrato di costituzionalità tutte le leggi, gli atti e le norme le quali, pur provviste della stessa efficacia delle leggi formali, ordinarie e costituzionali, siano venute ad esistenza per vie diverse dal procedimento legislativo, anche quelle da ultimo richiamate. Sono esclusi dallo scrutinio riservato a questa Corte soltanto gli atti che hanno un rango ed una forza inferiori rispetto alla legge. In definitiva, non sussistono, sul piano logico e sistematico, ragioni per le quali il controllo di legittimità costituzionale dovrebbe essere escluso per le consuetudini internazionali' (par. 2.1 del cons. in diritto).

Questa pronuncia – in cui la Corte sembrò far rientrare dalla finestra quel che aveva respinto dalla porta principale, ovvero il sindacato costituzionale sulla norma di diritto internazionale consuetudinario³⁴ – viene dunque indicata da Weiler e Lustig come uno tra gli esempi del *third wave of judicial review*, trend che, a giudizio degli autori, rappresenterebbe uno dei più interessanti sviluppi del costituzionalismo internazionale e che consisterebbe – lo ripetiamo – nella sottoposizione a scrutinio costituzionale delle condotte e del *norm-setting* di organizzazioni e regimi internazionali.³⁵

³⁴ Su questi aspetti paradossali dalla sent. n. 238/2014 – in particolare per quanto riguarda la sottoposizione a bilanciamento da parte della Corte costituzionale di una norma che poi viene "espulsa" al di fuori dell'ordinamento – v. *ex plurimis* M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini* in *Questione Giustizia*, 1/2015, 86 ss.; nonché G. BOGGERO, *The Legal Implications of Sentenza No. 238/2014 by Italy's Constitutional Court for Italian Municipal Judges: Is Overcoming the "Triepelian Approach" Possible?*, in *ZaöRV*, 2/2016, 203, 212.

³⁵ J.H.H. WEILER, D. LUSTIG, *Judicial review...*, cit., 347. In tale ottica potrebbe anche leggersi quanto la Corte costituzionale, nella sentenza n. 120/2018 (relativa alla libertà di associazione dei militari), ha affermato a proposito dei pareri espressi dal comitato

4. Lo sgretolamento dell'insindacabilità dell'atto cd. politico

Un'ulteriore prospettiva utile a tematizzare le posizioni delle corti, e della Corte costituzionale, sul potere estero è, infine, la giurisprudenza sull'atto cd. politico. Gli atti di potere estero sono stati, infatti, tradizionalmente concepiti e qualificati come 'atti politici'; in quanto tali, essi sono stati ritenuti avulsi dal sindacato sia della giurisdizione amministrativa sia della giurisdizione ordinaria. Rispetto a tale originaria posizione³⁶, molti passi in avanti sono stati mossi: in particolare, con la sentenza n. 81/2012, la Corte costituzionale ha ribadito l'insuperabilità del principio di legalità dell'azione dei pubblici poteri³⁷, osservando che 'gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a quello legislativo (...) il rispetto di tali vincoli costituisce un requisito di legittimità e validità dell'atto, che lo rende sindacabile nelle sedi proprie' (punto 4.2 del cons. in diritto). Riducendo drasticamente, almeno in teoria, 'i confini della pretesa insindacabilità dell'atto politico, fino a farla sparire quasi del tutto'³⁸, la Corte, con tale pronuncia, sembra dar ragione a quanti, in tempi risalenti, avevano osservato che 'la trasfigurazione delle funzioni di governo dalla matrice originariamente amministrativa a quella costituzionale' non poteva non condurre a un ripensamento degli atti in parola³⁹. Riportare la categoria dell'atto politico nell'alveo prin-

uropeo dei diritti sociali: tali pareri 'benché autorevoli', non vincolano però i giudici nazionali (cons. in dir., par. 13). Ciò che equivale a riportare il diritto internazionale interpretato da un organo internazionale para-giurisdizionale, e quindi non qualificato come interprete esclusivo, nelle 'retrovie' (sia del diritto interno sia di quello internazionale).

³⁶ Espressa dalle Sezioni Unite della Cassazione, nel lontano 1968 (12 luglio 1968, n. 2452): 'gli atti che vengono compiuti dallo Stato nel regolamento delle relazioni internazionali (...) si sottraggono totalmente al sindacato sia della giurisdizione amministrativa che della giurisdizione ordinaria'.

³⁷ Così R. DICKMANN, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forumdiquadernicostituzionali.it*, 9 ottobre 2012.

³⁸ F. BILANCIA, *Ancora sull'atto politico' e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. Una categoria tradizionale al tramonto?* In *Rivistaaia.it*, 2012, 2.

³⁹ *Ivi*, 3, nota 19, per riferimenti alle tesi di P. Barile, E. Cheli e G. Ferrara. A evidenziare tale 'trasfigurazione', la dottrina – nota l'A. – utilizza ormai termini diversi per indicare, da un lato, gli atti politici (di alta amministrazione) del Governo e, dall'altro, gli atti politico-costituzionali dello stesso, espressione, questi ultimi, di indirizzo politico. Già il solo fatto di denominare gli atti del Governo, che sono espressione dell'esercizio della funzione di indirizzo politico, quali 'atti costituzionali', anziché atti politici *tout court*, significa enfatizzare il fatto che essi sono soggetti al sindacato della Corte 'in quanto atti tenuti al rispetto di un parametro normativo superiore (ovvero la costituzione).

cipio di legalità costituzionale⁴⁰ appare opportuno, a maggior ragione, oggi, nell'attuale assetto costituzionale, dove la categoria di atto politico non può che pensarsi tenendo presente la posizione dell'organo costituzionale-Governo nel sistema dei poteri sovrani e il principio di legalità costituzionale.⁴¹

Al limite, saranno specifici elementi, o singoli profili dell'atto 'politico', a poter essere ritenuti sottratti al sindacato giurisdizionale, non anche l'atto, nella sua interezza,⁴² come è stato osservato a proposito della più recente pronuncia della Corte (n. 52/2016⁴³) in cui il concetto di atto politico è tornato *sub iudice*⁴⁴, anche se non in riferimento a un atto di politica estera⁴⁵.

⁴⁰ Che è poi il medesimo ragionamento alla base della nota pronuncia n. 1146/1988, come ricorda R. DICKMANN, cit.

⁴¹ F. BILANCIA, cit, 3.

⁴² F. PAGANO, *Trasformazione dell'indirizzo politico del Governo, atti politici e limiti del sindacato giurisdizionale*, in *Forumdiquadernocostituzionali.it*, 22 febbraio 2018, 8-9, con riferimento alla sentenza della Corte cost., n. 52 del 2016, e a recente giurisprudenza del Consiglio di Stato.

⁴³ Con cui la Corte ha dichiarato che non spettasse alla Corte di cassazione affermare la sindacabilità, in sede giurisdizionale, della delibera con cui il Consiglio dei ministri aveva negato all'Unione degli Atei e degli Agnostici Razionalisti l'apertura delle trattative per la stipulazione dell'intesa di cui all'art. 8, c.3, Cost. Per effetto di tale decisione, veniva annullata la sentenza della Corte di cassazione, sezioni unite civili, 28 giugno 2013, n. 16305.

⁴⁴ In questa sentenza e, soprattutto, nelle decisioni giudiziarie e atti governativi che l'hanno preceduta, la riflessione e il dibattito sull'atto politico, riferito alle intese di cui all'art. 8, c. 3, Cost., si sono incrociati con un profilo di estremo interesse, e che però esula dall'oggetto di queste note, ovvero la *definizione stessa di religione*. Più precisamente, lo spinoso problema che la vicenda (conclusasi, per ora, con la citata sentenza n. 52/2016) ha portato a emersione è sintetizzabile nei termini seguenti: che cosa significa 'religione', per lo stato *e alla luce del principio di laicità* (da ultimo, ripreso nel cons. in diritto, par. 5.1, della sentenza 52/2016), e quali manifestazioni o comportamenti, invece, sono di interesse giuridico così irrilevante da poter essere respinti nella sfera privata senza che ciò leda il principio di eguaglianza? È ammissibile che un tale esercizio definitorio rientri tra i compiti di uno stato laico? E, nel caso si sia propensi a rispondere positivamente, è ammissibile che il Governo ricorra al concetto di atto politico per rivendicare l'"esclusiva" nel definire che cosa sia una religione? Per una critica, in tal senso, cfr. *ex plurimis*, A. POGGI, *Una sentenza 'preventiva' sulle prossime richieste di Intesa da parte di confessioni religiose? (in margine alla sentenza n. 52 della Corte costituzionale)*, in *federalismi.it*, 6/2016. Per la ricostruzione della pregressa e articolata vicenda giudiziaria che, in Italia, ha visto l'associazione di atei e agnostici razionalisti (Uaar) rivendicare il proprio diritto a regolare i propri rapporti con lo stato tramite l'intesa, ci limiteremo in tal sede a segnalare lo scritto di G. DI COSIMO, *Gli atei come i credenti? I giudici alle prese con un'atipica richiesta di intesa fra stato e confessioni religiose*, in *rivistaaic.it*, 1/2015. Sulla definizione di religione, e sul confronto giudiziario precedente la sentenza n. 52/2016, sia consentito rinviare a D. BIFULCO, *Il disincanto costituzionale. Profili teorici della laicità*, Milano 2015, 136 ss.

⁴⁵ A meno di non voler considerare l'intesa (di cui all'art. 8, c.3, Cost.) alla stregua di un atto di natura internazionale o, quanto meno, esterna all'ordinamento (similmente ai

Il che non elimina certo tutti i problemi: basti il rinvio a quanto già detto a proposito della segretezza dell'accordo, che può valere ovviamente come *passé-partout* utile a sottrarre l'atto al controllo della giurisdizione (v. *retro*, par. 3, nota 26).

5. Conclusioni

Dalle decisioni *rapsodicamente* elencate non si può desumere un indirizzo univoco. L'avverbio in corsivo riflette la natura stessa delle pronunce della Corte in tema di politica estera: in tale ambito, infatti, alquanto impervio sarebbe descrivere orientamenti, filoni, tendenze di giurisprudenza costituzionale propriamente detti. Non a caso, un'autorevole dottrina osservava, alla fine degli anni Ottanta, che l'articolo 80 'è forse l'unico articolo della nostra Costituzione su cui non si sia formata alcuna giurisprudenza costituzionale'.⁴⁶

Abbiamo fatto riferimento, invero, ad ambiti – connotati da un alto tasso di politicità – rispetto ai quali la Corte è 'reattiva': più che indicare, prescrivere ed elaborare un suo proprio indirizzo, essa reagisce al tema, diciamo pure che 'è agita'. Ciò riflette, forse, il modo in cui la politica estera stessa, nell'immaginario più tradizionale, è stata a lungo concepita, appunto in termini reattivo-passivi. In tale immaginario, radicatosi nel corso di quarant'anni – e più – di guerra fredda, la politica estera è stata vista come una sfera affidata, e riservata, alle élites politiche e diplomatiche.⁴⁷

Il ruolo di 'Cenerentola', rispetto alla politica interna, riservato alla politica estera nella dimensione pubblica e istituzionale più vasta, l'opacità che ne ha spesso avvolto gli sviluppi in Italia, non hanno agevolato il rafforzarsi di una consapevolezza collettiva sul tema in questione; tutto ciò non avrebbe potuto preludere a interventi sistematici da parte del

concordati). Su questa tesi, e sui motivi della sua debolezza (nonostante gli 'apprezzabili fini di agguagliamento della condizione e delle garanzie delle confessioni non cattoliche a quella cattolica' che l'hanno ispirata), v. N. COLAJANNI, *Ateismo de combat e intesa con lo stato*, in *rivistaaic.it*, 4/2012, 5. A parere dell'A., la mancata presa in considerazione di tale tesi da parte della 'Cassazione, come prima del Consiglio di Stato (e della stessa Avvocatura dello Stato, che a quella tesi avrebbe potuto disperatamente agganciarsi per sostenere la politicità dell'atto)' ne segnerebbe la pietra tombale'.

⁴⁶ G. ZAGREBELSKY, *Trattato segreto...*, cit., 336.

⁴⁷ Sul punto, rinviamo ai diversi scritti di L. BONANATE, tra cui *La politica internazionale di fronte al futuro*, Milano 1991, cap. 1.

giudice costituzionale, o a una sua più spiccata ‘disinvoltura’ a intervenire sul tema, posto che, nelle agende stesse degli organi di indirizzo politico, la politica estera ha spesso occupato le righe a margine di pagina.

Da una storia pubblica caratterizzata da un certo tasso di ‘distrazione’, da parte degli organi di indirizzo politico, sui temi di relazioni internazionali e politica estera, non potevano certo scaturire, come d’incanto, delle linee di giurisprudenza costituzionale sui temi afferenti a quelle sfere, dotate di una propria compattezza, sistematicità o decisiva pregnanza.

In conclusione, può tuttavia notarsi che l’andamento ondivago della giurisprudenza costituzionale su temi concernenti la politica estera non impedisce di pensare che qualcosa stia cambiando rispetto al tempo in cui, come osservato in apertura di queste riflessioni, le ‘ali’ del diritto costituzionale non riuscivano neppure a lambire la sfera della politica estera e dei rapporti internazionali (*retro*, nota 3). In fin dei conti, l’elemento più interessante che affiora dal confronto del giudice costituzionale con il tema della politica e delle relazioni estere è l’impressione che il netto discrimine tra un dentro e un fuori, tra la dimensione interna e quella esterna della politica, inizi, seppure lentamente, a scricchiolare.⁴⁸

⁴⁸ Molto significativa, a tal proposito, appare la posizione espressa dalla Corte di Giustizia (CGUE, sentenza del 21 dicembre 2016, (GS), causa 104/2016, *Consiglio dell’Unione europea c. Fronte Polisario*) circa il principio di autodeterminazione dei popoli e la sua rilevanza generale. Tale principio, per la Corte, pone obblighi *non soltanto in capo allo Stato* che controlla illegalmente un territorio non autonomo, ma altresì *a tutti* gli attori della comunità internazionale, imponendo loro l’obbligo di preservare il carattere distintivo dello *status* territoriale di quel territorio.

SAGGI

*Giuseppe Martinico**

CONFLITTI INTERPRETATIVI E CONCORRENZA FRA CORTI NEL DIRITTO COSTITUZIONALE EUROPEO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I conflitti nell’ultima fase del diritto costituzionale europeo. – 3. Il “trittico” giurisprudenziale della Corte costituzionale (269/2017, 20/2019 e 63/2019): i germi della sovversione? Non esattamente. – 4. Il versante della CEDU. La sentenza 49/2015 come punto di svolta? – 5. La disobbedienza funzionale. – 6. La sentenza 49/2015 “in contesto”. – 7. Cosa può insegnare il diritto comparato. – 8. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il seguente contributo cercherà di chiarire se – e in che misura, eventualmente – siamo di fronte al preludio di una “deriva antieuropeista”¹ nella giurisprudenza della Corte costituzionale o se, invece, siamo in presenza di un fenomeno meno eclatante e per certi versi più complesso. Nell’offrire una chiave di lettura “unitaria”² si è deciso di articolare lo scritto in due parti, nel tentativo di analizzare due filoni giurisprudenziali già abbondantemente trattati in dottrina, relativi, rispettivamente, al rapporto della Consulta con la Corte di giustizia dell’Unione europea (UE), da un lato, e a quello con la Corte europea dei diritti dell’uomo (Corte EDU), dall’altro. Nel farlo, si farà perno su due sentenze emblematiche come la 269/2017 e la 49/2015. Tuttavia, prima di avventurarmi in un iti-

* Questo scritto è dedicato alla memoria di Jörg Luther. Desidero ringraziare Leonardo Pierdominici e Giorgio Repetto per i loro commenti.

¹ Scrive di “pericolo della deriva antieuropeista”, F. SALMONI, *Unità nella diversità o diversità nell’unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2019, 531 ss., 542.

² Nel senso inteso da O. POLLICINO, *The New Relationship between National and the European Courts after the Enlargement of Europe: Towards a Unitary Theory of Jurisprudential Supranational Law?*, in *Yearbook of European Law*, 2010, 65 ss.

nerario giurisprudenziale tutt'altro che semplice, vorrei partire dal dato offerto dal "formante dottrinale"³: negli ultimi dieci anni si è passati da una produzione scientifica frenetica sul c.d. dialogo fra giudici a un interesse altrettanto marcato verso i conflitti fra corti. Fra questi due tipi di interazioni giudiziali idealmente si innestano i fenomeni di concorrenza interpretativa, aumentati grazie alla progressiva convergenza creatasi fra norme sovranazionali e nazionali. L'emersione di nuovi conflitti e forme di concorrenza è stata in questo senso favorita dalla progressiva costituzionalizzazione del diritto dell'UE e del diritto della Convenzione, come vedremo, per quanto possa apparire paradossale. Conviene chiarire cosa intendere per concorrenza fra giudici in questo contesto, ricordando, con le parole di Schimmelfennig, che: "[c]ompetition therefore takes the form of legal reasoning, and successful claims for autonomy and supremacy must be based on the ability of courts to protect human rights at least as effectively as their competitors"⁴. L'idea di concorrenza ("inter-court competition") fra giudici non è nuova negli studi europei, essendo stata utilizzata nei suoi lavori già da Alter⁵.

In un contesto in cui i diversi livelli (o poli, secondo altra terminologia) costituzionali condividono quelle che gli internazionalisti chiamerebbero "multi-sourced equivalent norms"⁶ gli interpreti sviluppano forme di concorrenza interpretativa, cercando di imporsi per avere l'ultima parola sull'interpretazione di alcuni materiali normativi condivisi. Recentemente la dottrina non ha risparmiato critiche al movimento dei c.d. "constitutional pluralist"⁷, colpevoli di avere creato un contesto cul-

³ R. SACCO, *Legal Formants. A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1991, 1 ss.

⁴ F. SCHIMMELFENNIG, *Competition and community: constitutional courts, rhetorical action, and the institutionalization of human rights in the European Union*, in *Journal of European Public Policy*, 2006, 1247 ss.

⁵ K. ALTER, *Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration*, in A. SLAUGHTER, A. STONE SWEET, J.H.H. WEILER (a cura di), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context*, Oxford, 1998, 227 ss.

⁶ Y.SHANY, T.BROUDE (a cura di), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law*, Oxford, 2011.

⁷ N. MACCORMICK, *Beyond the sovereign state*, in *Modern Law Review*, 1993, 1 ss.; N. WALKER, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *Modern Law Review*, 2002, 317 ss.; M. POIARES MADURO, *Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, 501 ss.; M. KUMM, *The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 2005, 262 ss. Più recentemente

turale favorevole all'emersione di conflitti fra corti e di forme di resistenza nazionale. L'Art. 4.2 TUE⁸ in quanto tale è stato oggetto di numerosi attacchi da parte degli studiosi⁹ perché disposizione pericolosa, che facilmente si presterebbe a tentativi "eversivi". Si pensi all'uso che dell'Art. 4.2 TUE hanno proposto i secessionisti catalani o i governi polacco e ungherese. Più recentemente, la Corte costituzionale ungherese ha provato a utilizzare il richiamo al dovere di rispettare l'identità nazionale degli Stati membri per giustificare problematici "discostamenti" dal diritto dell'UE¹⁰. Reagendo a questa decisione Halmai ha molto criticato l'uso dell'art. 4.2 TUE fatto dai giudici ungheresi e ha esteso le sue critiche alla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca, rea, a suo dire, di avere dato il cattivo esempio¹¹.

In maniera analoga Baquero Cruz ha collegato i numerosi fenomeni di "resistenza" (è sua l'espressione¹²) al primato del diritto dell'UE alla diffusione del concetto di "eterarchia", tanto caro ai sostenitori del pluralismo costituzionale¹³. Nel farlo, forse trascura il ruolo che tradizionalmente i conflitti hanno avuto nello sviluppo del diritto europeo (fin dagli anni Settanta e, quindi, ben prima della nascita di tale "movimento teorico"¹⁴) e sembra avere una concezione prevalentemente negativa dei

si vedano: M. AVBELJ, J. KOMÁREK (a cura di), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, 2012.

⁸ La letteratura è enorme, si vedano, almeno: G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, 2017; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 2012, 263 ss.

⁹ R.D. KELEMEN, L. PECH, *Why autocrats love constitutional identity and constitutional pluralism. Lessons from Hungary and Poland*, *Reconnect Working Paper No. 2/2018*, <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2018/10/RECONNECT-Working-Paper2-Kelemen-Pech-LP-KO.pdf>.

¹⁰ Corte costituzionale ungherese, sentenza n. 22/2016 (XII.5.) AB, https://hunconcourt.hu/letoltesek/en_22_2016.pdf.

¹¹ G. HALMAI, *The Hungarian Constitutional Court and Constitutional Identity*, in *Verfassungsblog*, 2017, <https://verfassungsblog.de/the-hungarian-constitutional-court-and-constitutional-identity/>.

¹² J. BAQUERO CRUZ, *Another Look at Constitutional Pluralism in the European Union*, in *European Law Journal*, 2016, 356, 360.

¹³ In generale, sul concetto di eterarchia in questo ambito si veda: D. HALBERSTAM, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in J. DUNOFF, J. TRACHTMAN (a cura di), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, 2009, 326 ss.

¹⁴ "Constitutional pluralism is a theory, or movement, or idea, for some perhaps

conflitti¹⁵. Tale concezione finisce paradossalmente per avvicinare quello che lui chiama il ritorno al “diritto dell’integrazione”¹⁶ al pluralismo costituzionale che, in alcune sue versioni normative, altro non fa se non auspicare la neutralizzazione dei conflitti, come ben sottolinea Avbelj¹⁷.

L’Italia non rappresenta un’eccezione a questo *trend* di resistenza giudiziale. In effetti, è in atto una vera e propria riscoperta¹⁸ della c.d. “dottrina dei controlimiti”, in seguito alla nota sentenza *Taricco* della CGUE¹⁹ e, prima ancora, alla famosa pronuncia 238/2014²⁰ della Corte costituzionale. Specialmente quest’ultima ha mostrato l’applicabilità della dottrina dei controlimiti anche al di fuori delle relazioni fra diritto nazionale e diritto dell’UE e, più in generale, la tendenza delle corti nazionali (costituzionali o supreme) a dissentire, anche in maniera clamorosa, rispetto a quanto deciso dalle Corti europee (non solo la CGUE). Detto in altre parole, le Corti costituzionali si concepiscono “in sistema” e non negano le necessità di interagire con quelle europee (in questo vale ancora quanto scritto anni fa da Delmas Marty, a proposito dell’“isolement impossible”²¹), ma pretendono di mantenere il loro punto di vista, che è quello

even an ideal, about the relationship between the legal system of the European Union and those of its Member States”, J. BAQUERO CRUZ, *Another Look*, cit., 356.

¹⁵ Si compari, però, con quanto scritto in altre opere: J. BAQUERO CRUZ, *Legal Pluralism and Institutional Disobedience in the European Union*, in M. AVBELJ, J. KOMÁREK (a cura di), *Constitutional Pluralism*, cit., 249 ss.

¹⁶ Il riferimento, ovviamente, è a P. PESCATORE, *Le droit de l’intégration*, Leiden, 1972.

¹⁷ M. AVBELJ, *Questioning EU Constitutionalisms*, in *German Law Journal*, 2008, 1 ss.

¹⁸ R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 2016, <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=31459>

¹⁹ CGUE, C-105/14, *Taricco*.

²⁰ Corte Cost., sentenza 238/2014 che ha avuto anche una certa eco all’estero. Si vedano, ad esempio, le considerazioni di C. J. TAMS, *Let the Games Continue: Immunity for War Crimes before the Italian Constitutional Court*, in *EJIL: Talk!*, 2014, <http://www.ejiltalk.org/let-the-games-continue-immunity-for-war-crimes-before-the-italian-supreme-court/>.

T. SCHILLING, *The Dust Has Not Yet Settled: The Italian Constitutional Court Disagrees with the International Court of Justice, Sort of*, in *EJIL: Talk!*, 2014, <http://www.ejiltalk.org/the-dust-has-not-yet-settled-the-italian-constitutional-court-disagrees-with-the-international-court-of-justice-sort-of/>; F. FONTANELLI, *I know it’s wrong but I just can’t do right: First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in *Verfassungsblog*, 2014, <http://verfassungsblog.de/know-wrong-just-cant-right-first-impressions-judgment-238-2014-italian-constitutional-court/>

²¹ M. DELMAS MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, Parigi, 2006, 39.

dei garanti della Costituzione nazionale. La convergenza assiologica, il fatto che le diverse carte del sistema finiscano per garantire diritti simili, non esclude il disaccordo perché gli interpreti tendono a leggere le singole questioni partendo dalla loro Costituzione, così come fa la CGUE con i propri Trattati o la Corte EDU con la Convenzione. Questo spiega perché le Corti costituzionali nazionali negli anni abbiano sottolineato come ci possano essere differenze nel tipo di bilanciamento operato dai giudici nel multilivello. Vale la pena di chiarire un altro punto su cui si tornerà in sede di trattazione: i controlimiti e i conflitti in generale non devono essere concepiti in chiave meramente difensiva/oppositiva; al contrario, come in Italia ha sottolineato Panunzio²², possono fungere da incentivo per cooperare.

Anche tenendo conto di questo si cercherà di ragionare sul ruolo che i conflitti (minacciati o reali) possono avere nel rapporto fra Corte costituzionale e Corte EDU.

Ovviamente anche qui vale il *caveat* ricordato in altra sede da Padula, secondo cui “in questo lavoro si usa l’espressione ‘controlimiti’ che viene normalmente utilizzata con riferimento ai rapporti fra ordinamento statale e UE, pur nella consapevolezza che, secondo la Corte costituzionale, solo l’UE implica una limitazione di sovranità ai sensi dell’art. 11 Cost”²³. La dottrina italiana, del resto, ha utilizzato la formula “controlimiti” facendo riferimento ad alcune pronunce di Corti costituzionali straniere relative alla CEDU²⁴.

Come vedremo, vi sono tuttavia dei punti di contatto: in contesti dove la differenza di “trattamento” fra diritto dell’UE e diritto della CEDU è molto meno marcata, ad esempio, la dottrina discorre da tempo dell’applicabilità delle tecniche concepite per limitare il primato del diritto sovranazionale anche al diritto della Convenzione e alla giurispru-

²² S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 1 ss., 29.

²³ C. PADULA, *La Corte costituzionale ed i “controlimiti” alle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo: riflessioni sul bilanciamento dell’art. 117, co. 1, cost.* in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 2014, <http://www.federalismi.it/document/09122014143023.pdf>

²⁴ F. PALERMO, *Il Tribunale costituzionale federale e la teoria “selettiva” dei controlimiti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2004, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/107.pdf; A. GUAZZAROTTI, *RUSSIA. La Russia, la CEDU e i controlimiti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/04/guazzarotti.pdf>.

denza del suo interprete²⁵. La stessa terminologia impiegata nella sentenza 49/2015²⁶ dalla Consulta, del resto, richiama gli scenari evocati dai teorici del “pluralismo costituzionale”, formula che si riferisce, nella sua versione più semplice, a una situazione caratterizzata dalla coesistenza di diversi poli costituzionali, ognuno dei quali reclama autorità e superiorità sugli altri. In quest’ottica, che concepisce le corti dei diversi poli come interagenti ma distinguibili, acquisiscono significato le parole della Consulta a proposito del “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”²⁷, come si vedrà nelle prossime pagine.

2. I conflitti nell’ultima fase del diritto costituzionale europeo

Le riflessioni suscitate in dottrina dalla saga Taricco²⁸ (e il “seguito” rappresentato dalla sentenza 115/2018²⁹ e, ancora prima, dall’*obiter dictum* nella sentenza 269/2017 della Corte costituzionale³⁰) confermano

²⁵ Va segnalato, in questo senso, anche l’importante volume di S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli, 2018, 275 ss.

Per una rassegna comparata: G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interaction between Europe’s Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham-Northampton, 2012

²⁶ Corte costituzionale, sentenza 49/2015.

²⁷ Corte costituzionale, sentenza 49/2015. Si vedano anche: Corte costituzionale, sentenze 102 e 200/2016 sul *ne bis in idem*.

²⁸ CGUE, C-105/14, Taricco; CGUE, C-42/17, M.A.S. e M.B. Corte Cost., ordinanza 24/2017. La letteratura sul punto è enorme, in italiano si vedano, almeno, i volumi curati da Bernardi: A. BERNARDI, *I Controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi fondamentali*, Napoli, 2017 e A. BERNARDI, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il dialogo fra le Corti – L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, 2017.

²⁹ Corte costituzionale, sentenza 115/2018, su cui S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l’“evoluzione” dei controlimiti attraverso il “dialogo” tra le Corti, dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, <http://www.osservatorioaic.it/download/IHqE8aDmtQ3hxUnfIHFiCjPmtkdqN7NCRy2ezGqZPo/polimeni-definitivo.pdf> e P. FARAGUNA, *Roma locuta, Taricco finita*, 2018, http://www.diritticomparati.it/roma-locuta-taricco-finita/?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook Più recentemente si veda il libro di S. POLIMENI, *Controlimiti*, cit.

³⁰ Corte costituzionale, sentenza 269/2017, su cui si vedano almeno R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica Sant’Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018, <https://www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-note-e-commenti/note-e-commenti-n-1-2018/1202-da-taricco-a-bolognesi-passando-per-la-ceramica-sant-agostino-il-difficile-cammino-verso-una-nuova-sistemazione-del-rapporto-tra-carte-e-corti/file>; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologica-*

la centralità dei conflitti³¹ costituzionali nell'attuale fase del diritto europeo. In questo scritto non si ricostruiranno tali sviluppi giurisprudenziali, ma si offrirà una visione – per così dire – di insieme. Ai fini del saggio si insisterà su una categoria di conflitti costituzionali, quella dei “conflitti di convergenza” che possono essere visti come una delle conseguenze inaspettate della c.d. costituzionalizzazione del diritto dell'UE. Questa convergenza ha avuto degli esiti paradossali nella misura in cui la sovranazionalizzazione dei principi relativi ai diritti fondamentali ha prodotto ulteriori forme di concorrenza interpretativa fra Corte di giustizia e Corti costituzionali, funzionali all'acquisizione del monopolio interpretativo sui materiali normativi ora condivisi dai diversi livelli (o poli) costituzionali.

Ciò ha prodotto un'evoluzione importante, passando dai conflitti iniziali, che erano soprattutto di “divergenza”, a conflitti che altrove si è cercato di chiamare di “convergenza”³², in cui il terreno di disaccordo è rappresentato dalle diverse interpretazioni date a principi apparentemente condivisi.

Ecco perché la parziale convergenza menzionata in precedenza non ha affatto posto fine al disaccordo fra Corti costituzionali e Corte di Lussemburgo ma, anzi, per certi versi ha amplificato il rischio di conflitti costituzionali. Si sta descrivendo, in altre parole, un contesto in cui la compresenza di diversi poli costituzionali finisce per amplificare la concorrenza interpretativa fra i guardiani di tali leggi fondamentali³³.

Da un lato, le Corti costituzionali cercano di non perdere il monopolio interpretativo di quelle tradizioni costituzionali che alimentano i principi generali del diritto dell'UE; dall'altro, essendo tali principi parte integrante del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia, nell'utilizzarli,

mente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se ri-guardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017), in Rivista di Diritti Comparati, 2018, 262 ss.

³¹ Sul ruolo dei conflitti nel diritto pubblico europeo si veda – in un'impostazione diversa da quella prescelta – M. DANI, *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Padova, 2013. Sui conflitti nel diritto costituzionale si vedano: R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 11 ss. G. AZZARITI, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma – Bari, 2016; si veda anche il fascicolo 3/2016 della rivista costituzionalismo.it curato da E. OLIVITO e G. REPETTO, <http://www.constituzionalismo.it/articoli/583/>

³² G. MARTINICO, *The “Polemical” Spirit of European Constitutional Law: On the Importance of Conflicts in EU Law*, in *German Law Journal*, 2015, 1343 ss.

³³ M. POIARES MADURO, *Interpreting European Law – Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, in *European Journal of Legal Studies*, 2007, www.ejls.eu

non si ritiene davvero vincolata dalla lettura che l'interprete nazionale dà delle tradizioni costituzionali, come l'esempio di Mangold³⁴ sembra dimostrare. Come noto in Mangold, nella sua ricostruzione per principi, la Corte di giustizia ha presentato il divieto di discriminazione sulla base dell'età come prodotto condiviso dei diritti costituzionali degli Stati membri, in questo modo appropriandosi dei materiali costituzionali nazionali che vengono re-interpretati dalla Corte di Lussemburgo, secondo una "octroyée methodology of construing common constitutional traditions"³⁵. Herzog e Gerken hanno definito il principio di non discriminazione sulla base dell'età come una "costruzione" che non troverebbe corrispondenze nelle tradizioni costituzionali comuni.³⁶ Il contesto e le dinamiche sopra richiamate hanno un impatto evidente sull'operato dei giudici nazionali. Questi ultimi svolgono un ruolo fondamentale nell'ordinamento multilivello, non solo applicando e interpretando il diritto nazionale, ma fungendo anche da primi garanti della dottrina Simmenthal³⁷.

Di conseguenza i giudici nazionali vestono ruoli diversi e, nell'espletamento delle loro funzioni, conoscono anche diversi referenti. La particolare natura del diritto UE amplifica questa "polifrenia" del giudice, creando quello che si potrebbe chiamare una situazione di duplice lealtà³⁸ che, in casi di contrasti interpretativi fra Corti costituzionali e Corte di giustizia, finisce per ricadere sull'attività dei giudici comuni. Quest'ultimi, come avvenuto nel caso Cordero Alonso³⁹, spesso sono "vittime collaterali" di tali disaccordi interpretativi.

In questo senso, all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la stessa comunitarizzazione dei controlimiti⁴⁰ operata dall'art. 4 TUE apre scenari interessanti. Un problema analogo sollevano tutte quelle disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE che fanno espresso riferimento alle prassi e leggi nazionali⁴¹ e che, in te-

³⁴ CGUE, C-144/04, Mangold.

³⁵ M. DANI, *Tracking Judicial Dialogue – The Scope for Preliminary Rulings from the Italian Constitutional Court*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2009, 149 ss.

³⁶ R. HERZOG, L. GERKEN, [Comment] *Stop the European Court of Justice*, 2008, <https://euobserver.com/opinion/26714>.

³⁷ CGUE, 106/77, Simmenthal.

³⁸ G. MARTINICO, *Multiple loyalties and dual preliminary: The pains of being a judge in a multilevel legal order*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2012, 871 ss.

³⁹ CGUE, C-81/05, Cordero Alonso.

⁴⁰ A. RUGGERI, *'Tradizioni costituzionali comuni' e 'controlimiti', tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 102 ss.

⁴¹ Art. 9; art. 10, c. 2; art. 14, c. 3; art. 27; art. 28; art. 30; art. 34; art. 35; art. 36; art.

oria, potrebbero aprire nuovi spiragli per l'esplosione di disaccordi fra interpreti. Per altro, la CGUE, dopo un timido avvio, ha dato recentemente prova di una notevole accelerazione giurisprudenziale volta a confermare "l'effetto imperativo" (come talvolta viene chiamato dalla Corte di giustizia) di molte delle disposizioni della Carta e la conseguente necessaria disapplicazione/non applicazione del diritto interno confligente⁴². È curioso comparare questo *trend* con lo spirito problematico del noto Parere 2/13⁴³, a dimostrazione del fatto che alla Corte di giustizia interessa soprattutto la questione del monopolio interpretativo più che l'ottimizzazione della protezione dei diritti fondamentali *in quanto tali*.

Come ricordato, negli ultimi anni si è verificato un cambiamento importante nel rapporto fra Corti costituzionali e CGUE – forse causato anche dall'introduzione dell'art. 4.2 TUE – dovuto all'accettazione (sempre limitata, in realtà) della via diretta di dialogo rappresentata dall'art. 267 TFUE⁴⁴. Tuttavia, sarebbe inesatto sostenere che prima di questa svolta non vi fosse dialogo fra corti, anzi, sono numerosi gli studi che hanno dimostrato come in realtà le Corti costituzionali abbiano da sempre cercato di dialogare con i colleghi europei utilizzando forme alternative di comunicazione⁴⁵. In questo contesto, persino pronunce caratterizzate da toni forti e apparentemente ispirate da dinamiche tutt'altro che cooperative hanno dato avvio a importanti scambi di argomenti fra i giudici. Proprio il rilevante peso giocato dal concetto di identità nazionale, nell'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale italiana, rappresenta una delle importanti differenze esistenti fra la strategia seguita dalla Consulta e quella intrapresa nell'*auto* che diede origine alla sentenza Melloni⁴⁶ dai giudici

52, c. 6. Sulle clausole contenuto nel capo solidarietà si veda, ad esempio, A. O. COZZI, *Diritti e principi sociali nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Profili costituzionali*, Napoli, 2017.

⁴² Fra tutte: CGUE, C-414/16, Vera Egenberger, ECLI:EU:C:2018:257. CGUE, C-569/16 e C-570/16, Stadt Wuppertal.

⁴³ CGUE, Parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

⁴⁴ Si vedano i contributi nella *special issue* del *German Law Journal* (n. 6/2015) curato da M. DICOSOLA, C. FASONE, I. SPIGNO, <http://www.germanlawjournal.com/volume-16-no-06/>

⁴⁵ M. CARTABIA, *Taking Dialogue Seriously*, *Jean Monnet Working Paper*, 12/2007. <http://www.jeanmonnetprogram.org/>; G. MARTINICO, *Judging in the multilevel legal order: exploring the techniques of 'hidden dialogue'*, in *King's Law Journal*, 2010, 257 ss.

⁴⁶ Tribunal constitucional, auto 86/2011. Si veda anche la decisione finale del Tribunal constitucional, sentenza 26/2014 in risposta alla decisione della CGUE, C-399/11, Melloni.

spagnoli, che del concetto di identità nazionale non avevano fatto menzione, come ricordava nelle sue Conclusioni l'Avvocato Generale Bot⁴⁷.

L'argomento dell'identità nazionale, come codificato dall'art. 4.2. TUE, non ha trovato spazio nella decisione M.A.S. (Taricco II)⁴⁸ della Corte di giustizia, che ha preferito convergere verso la posizione italiana giocando su altri terreni. Non è questa la sede per analizzare nel dettaglio la saga Taricco che, comunque, ad avviso di chi scrive non è così stupefacente, specie se si tiene conto della grande attenzione prestata alla giurisprudenza sovranazionale nella propria ordinanza di rinvio⁴⁹ da parte della Corte costituzionale, abile nel ricordare all'interlocutore il par. 53 della sentenza Taricco, in cui la stessa CGUE affermava che “se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati”⁵⁰.

I toni usati dalla Consulta, infatti, erano già stati utilizzati da altre Corti costituzionali nell'interpretazione di un gioco di ruoli a cui la CGUE sembra essere abituata, tanto da rispondere spesso in maniera anche troppo netta⁵¹.

Non era un caso, allora, che, accanto ai passaggi dedicati al 4.2 TUE la nostra Corte costituzionale nell'ordinanza 24/2017 avesse anche fatto riferimento al principio di legalità penale inteso come tradizione costituzionale comune, usando insieme due strategie argomentative che il vecchio art. 6 TUE codificava nella medesima disposizione e che, con il Trattato di Lisbona, sono state apparentemente scisse.

Ciò dimostra come le clausole aperte – che si sono descritte in questa sede come prodotto del processo di parziale convergenza iniziato negli anni Settanta – abbiano finito paradossalmente per amplificare invece che limitare i conflitti costituzionali, confermando la loro ineludibilità.

⁴⁷ Conclusioni dell'Avvocato Generale Bot al caso Melloni, par. 139- 142.

⁴⁸ CGUE, C-42/17, M.A.S. e M.B. Corte costituzionale, ordinanza 24/2017

⁴⁹ La Corte costituzionale è stata oggetto di tantissime critiche, alcuni Autori hanno persino ironizzato su quella ordinanza (L. GRADONI, *Il dialogo tra corti, per finta*, 2017, SIDIBlog, <http://www.sidiblog.org/2017/02/08/il-dialogo-tra-corti-per-finta-4/>. Tuttavia, come ha notato Sarmiento, l'ordinanza della Corte costituzionale era tutt'altro che sprovveduta, D. SARMIENTO, *Adults in the (Deliberation) Room. A comment on M.A.S.*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, 228 ss. secondo cui: “The preliminary reference of the Corte Costituzionale was cleverly construed”.

⁵⁰ Corte di giustizia, C-105/14, Taricco.

⁵¹ Si vedano le considerazioni di R. ALONSO GARCÍA, *Guardar las formas en Luxemburgo*, in *Revista General de Derecho Europeo*, 2012, 1 ss.

Allo stesso tempo, esiti come quello che ha caratterizzato la saga Taricco sembrano confermare l'impatto talvolta positivo dei conflitti sul processo di costituzionalizzazione europea.

La risposta della CGUE ha sorpreso molti, ha fatto addirittura temere circa la uniformità del diritto dell'UE, ma chi scrive non pensa che sia così⁵². In M.A.S. la CGUE non ha indietreggiato rispetto al principio espresso in Taricco, ribadendo l'obbligo degli Stati di preservare gli interessi finanziari dell'Unione con misure efficaci, al fine di non frustrare gli effetti della normativa sovranazionale⁵³. Sulla scia di quanto sottolineato dalla Corte costituzionale italiana, però, ha anche ricordato come sia necessario preservare il principio di legalità dei reati e delle pene (par. 51), rinviando allora (in attesa di un intervento del legislatore nazionale, richiamato ai par. 41 e ss.) al giudice nazionale per la verifica circa il rispetto del "principio della determinatezza della legge applicabile"⁵⁴.

D'accordo con quanto scritto da Sarmiento⁵⁵ si pensa che l'uso strategico dell'argomento dell'identità abbia scatenato un vero e proprio dialogo⁵⁶, in cui gli interlocutori sono partiti da posizioni e premesse diverse, prendendo in considerazione la tesi dell'altro e giungendo poi a un compromesso. Ecco che allora dialogo e conflitto non devono essere visti come concetti antitetici, dato che anche la minaccia dei conflitti può essere funzionale allo scambio di argomenti e quindi a dinamiche cooperative. Questi disaccordi interpretativi innescano, in altre parole, fenomeni di dialogo *stricto sensu* inteso.

⁵² D. BURCHARDT, *Belittling the Primacy of EU Law in Taricco II*, 2017, in *Verfassungsblog*, <https://verfassungsblog.de/belittling-the-primacy-of-eu-law-in-taricco-ii/>

⁵³ "Nei casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione in materia di IVA, siano adottate sanzioni penali dotate di carattere effettivo e dissuasivo (v., in tal senso, sentenza Taricco, punti 42 e 43)", CGUE, C-42/17, M.A.S. e M.B, par. 35.

⁵⁴ "Ne deriva, da un lato, che spetta al giudice nazionale verificare se la condizione richiesta dal punto 58 della sentenza Taricco, secondo cui le disposizioni del codice penale in questione impediscono di infliggere sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, conduca a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile. Se così effettivamente fosse, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione", CGUE, C-42/17, M.A.S. e M.B, par. 59.

⁵⁵ D. SARMIENTO, *Adults in the (Deliberation) Room*, cit.

⁵⁶ Parzialmente diverso è il discorso con riferimento alla sentenza 115/2018 della Corte costituzionale in cui la Consulta ha dimostrato di non volere lasciare molto all'originaria posizione della CGUE.

3. *Il “trittico” giurisprudenziale della Corte costituzionale (269/2017, 20/2019 e 63/2019): i germi della sovversione? Non esattamente*

In questa sezione vorrei rapidamente soffermarmi sulle sentenze 269/2017, 20/2019 e 63/2019 (a cui si potrebbe aggiungere anche l’ordinanza 117/2019), che tanta attenzione hanno ricevuto dalla dottrina e in cui alcuni hanno visto i germi della sovversione, come se la Corte costituzionale volesse mettere in discussione i pilastri della c.d. dottrina Simmenthal⁵⁷.

Ritengo che alcuni⁵⁸ abbiano dato una lettura eccessivamente negativa della sentenza 269/2017, scorgendo aspetti che non erano riconducibili all’*obiter dictum* incriminato. La Corte costituzionale, in quell’*obiter dictum* citava sia Melki⁵⁹ sia A c. B⁶⁰ e questo, a mio avviso, doveva indurre a una lettura necessariamente meno preoccupante di quella data dalla maggioranza dei commentatori. Anche perché, guardando con attenzione a quanto sostenuto in quell’occasione dalla Corte costituzionale, i profili di problematicità (che non voglio negare in questa sede) erano comunque suscettibili di una lettura restrittiva, come ha ben spiegato in dottrina, fra gli altri, Repetto⁶¹. Del resto, anche Corti costituzionali sicuramente aperte e cooperative, come quella austriaca – che da sempre ha dimostrato di concepire il rinvio pregiudiziale come strumento centrale del proprio operato – hanno recentemente assunto posizioni simili a quelle della nostra Corte costituzionale e in questo senso assume rilevanza il rinvio alla giurisprudenza austriaca contenuto nella 269⁶². Inoltre, spesso dimentichiamo che la posizione della nostra Corte costituzionale (cambiata anche con riferimento al procedimento pregiudiziale) è mutata alla luce delle importanti variazioni strutturali introdotte ormai più di dieci anni fa col Trattato di Lisbona. Come è stato segnalato, in questo senso, alcuni particolari casi problematici (si pensi a quanto sostenuto

⁵⁷ Sul c.d. “mandato Simmenthal” si veda: M. CLAES, *The National Courts’ Mandate in the European Constitution*, Oxford, 2006.

⁵⁸ Ad esempio, D. GALLO, *Challenging EU constitutional law: The Italian Constitutional Court’s new stance on direct effect and the preliminary reference procedure*, in *European Law Journal*, 2019, 434 ss.

⁵⁹ CGUE, C-188/10 e C-189/10, Melki.

⁶⁰ CGUE, C-112/13, A c. B e altri.

⁶¹ G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale e comunitaria), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2017, 2955 ss.

⁶² Corte costituzionale austriaca, U 466/11-18; U 1836/11-13.

nella celebre “relazione Barbera”⁶³) hanno probabilmente indotto la Corte costituzionale al cambiamento operato nella 269 (*infra*).

Non a caso la Corte costituzionale, sempre nella 269, scriveva a questo proposito di “trasformazioni che hanno riguardato il diritto dell’Unione europea e il sistema dei rapporti con gli ordinamenti nazionali”. Si tratta di un cambiamento che, per altro, lo voglio sottolineare, come si vede ancora più chiaramente nella 63/2019, ha anche dei risvolti positivi, che si concretizzano, per esempio, nel riconoscimento delle garanzie offerte da una pronuncia con efficacia *erga omnes* al diritto fondamentale equivalente tutelato.

Alla luce di ciò ci si potrebbe chiedere come si relazionerà, d’ora in poi, la nostra Corte costituzionale con la Carta di Nizza alla luce delle 269 e seguenti. Per avere un indizio basta guardare alla lettera della stessa sentenza 269:

“Occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell’Unione dotata di **caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)**. Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell’Unione, come è accaduto da ultimo in riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene (Corte di giustizia dell’Unione europea, grande sezione, sentenza 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17, M.A.S, M.B.)”⁶⁴.

In quell’occasione, espressamente, la Corte costituzionale ha riconosciuto la natura costituzionale della Carta dei diritti fondamentali. Più recentemente, la Consulta nella 63/2019 ha espresso un concetto simile, con riferimento a quei diritti della Carta che “tutelano, nella sostanza, i medesimi diritti”⁶⁵. Ovviamente la 269 è anche il prodotto di una strategia volta a limitare quelli che sono stati percepiti come sconfinamenti da parte del giudice comune. In questo, come ha sottolineato Conti⁶⁶, la 269

⁶³ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, 2017, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/SIVIGLIA_BARBERA.pdf.

⁶⁴ Corte costituzionale, sentenza 269/2017.

⁶⁵ Corte costituzionale, sentenza 63/2019.

⁶⁶ R. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a secon-*

è animata da una certa sfiducia verso il giudice comune, come del resto era stato, per certi versi, anticipato nella famosa “relazione Barbera”. Tutto questo ha indubbiamente un lato “problematico”, come sottolineato da Ruggeri, consistente nella “dilatazione in modo pressoché indefinito ed incontenibile dell’area in cui può affermarsi il meccanismo del sindacato accentrato di costituzionalità in vece di quello dell’applicazione diretta del diritto eurounitario”⁶⁷. Se la 20/2019 e la 63/2019 sembrano rassicurare con riferimento all’uso combinato dei due rinvii (*infra*), la 20 lascia aperto il problema della disapplicazione/non applicazione, rimedio dotato sì di efficacia meramente *inter partes*, ma anche dal carattere immediato. Su questo, però, non bisogna a mio avviso disperare, perché, in realtà, credo che l’espansione prospettata incontri i limiti sottolineati in dottrina da Repetto⁶⁸, per cui ad esempio, il *revirement* annunciato dalla 269 doveva leggersi come riferito a quegli ambiti caratterizzati da discrezionalità del legislatore nazionale (“discrezionalità” è, in effetti, una parola chiave nel testo della 269).

Inoltre, a mio avviso, leggere la 269/2017 e seguenti come un attentato al c.d. “mandato Simmenthal” si scontra con vari passaggi della stessa sentenza in cui la Corte costituzionale si affrettava a chiarire che le novità introdotte dalla natura particolare della Carta di Nizza non alteravano “i principi del primato e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale”⁶⁹.

Insomma, vi erano, anche nella 269, vari passaggi testuali che suggerivano prudenza⁷⁰. Tuttavia, la vera domanda per molti è ancora oggi quella relativa al destino del mandato Simmenthal dopo il “trittico” rappresentato dalle 269/2017, 20/2019 e 63/2019⁷¹. Io credo che, dopo il chiarimento delle ultime sentenze, – e tenendo a mente la giurisprudenza

da lettura, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/11/nota_269_2017_conti.pdf.

⁶⁷ A. RUGGERI, *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. sent. n. 20 del 2019)*, in *Consulta OnLine*, 2019, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri88.pdf>.

⁶⁸ G. REPETTO, *Concorso di questioni*, cit..

⁶⁹ Corte costituzionale, sentenza 269/2017.

⁷⁰ Mi pare anche la posizione di M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 1 ss.

⁷¹ Su cui si sofferma G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell’Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio costituzionale*, 2018, <https://www.osservatorioaic.it/images/rivista/pdf/Gino%20Scaccia%20definitivo.pdf>.

rilevante della Corte di giustizia, ad esempio Winner Wetten e Filipiak⁷² – oggi la Corte costituzionale non metta radicalmente in discussione la possibilità per il giudice comune di disapplicare/non applicare la normativa interna contrastante con quella sovranazionale provvista di effetto diretto, salvo il caso estremo della violazione del controlimito. Anche perché, cosa ovvia, ma che è bene ricordare, la disapplicazione/non applicazione richiede che la norma europea abbia effetto diretto e l'effetto diretto è, come si sa, una nozione “selettiva”⁷³, ritrovandosi solo in alcune norme. Allo stesso tempo, la 269/2017 va letta come parte di un *trend* più ampio attivato da Corti costituzionali tutt'altro che euroscettiche. Come la Consulta ha scritto, il suo intervento è funzionale “anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito”⁷⁴, precisazione, come ricordato in precedenza, da molti letta come problematica⁷⁵.

Si sono visti in questo passaggio i germi di futuri conflitti, ma, ripeto quanto scritto in precedenza: tutto questo è conseguenza della struttura complessa del diritto dell'Unione, in cui è la Carta di Nizza a rinviare in maniera massiccia a concetti, legislazioni e prassi nazionali. Ciò, insieme a disposizioni come l'art. 4.2 TUE, ha dato origine a conflitti di convergenza che confermano lo spirito polemico del diritto europeo. Melloni⁷⁶, caso unico e giustamente letto in maniera restrittiva da Alonso García⁷⁷, ha in qualche modo fatto temere le Corti costituzionali circa il rispetto di quei rinvii al diritto nazionale introdotti (anche) dalle clausole finali della Carta di Nizza.

A stemperare il passaggio “polemico” occorre il richiamo al rispetto del principio di leale cooperazione. Gli stessi concetti di “concorso di rimedi giurisdizionali” e di “doppia pregiudizialità” sono funzionali a ritagliare un ruolo particolare per la Corte costituzionale che non è pro-

⁷² CGUE, C-409/06, Winner Wetten, CGUE, C-314/08, Filipiak.

⁷³ S. ROBIN-OLIVIER, *The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2014, 165 ss.

⁷⁴ Corte costituzionale, sentenza 269/2017.

⁷⁵ G. BRONZINI, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, 2019, http://questionegiustizia.it/articolo/la-sentenza-n-202019-della-corte-costituzionale-it_04-03-2019.php.

⁷⁶ CGUE, C-399/11, Melloni.

⁷⁷ R. ALONSO GARCÍA, *El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos fundamentales*, Madrid, 2014.

spettabile per il giudice comune. Anzi, per certi versi l'accentramento della pronuncia sul caso di potenziale conflitto serve proprio a impedire i rischi connessi a un controllo di costituzionalità diffuso mascherato da controllo di comunitarietà, vista l'equivalenza delle disposizioni in gioco.

Un'altra considerazione da fare è quella relativa alla progressiva accettazione del meccanismo del rinvio pregiudiziale, in cui il giudice costituzionale ha rinunciato a considerarsi totalmente altro dai giudici comuni. In questo senso, l'enfasi sulla doppia pregiudizialità non deve indurre a pensare che ora la Consulta voglia ora tornare indietro, come si vede d'altronde nella 117/2019. A questo proposito uno degli aspetti ambigui della sentenza 269/2017 era rappresentato dalla possibilità per il giudice comune di sollevare una questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE "ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione". Questo passaggio, come noto, sparisce nella sentenza 20/2019 in cui, invece, si afferma che "resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria". Questo cambiamento, insieme a quello relativo al passaggio dalla concezione che sembrava postulare la "necessità di un intervento erga omnes di questa Corte"⁷⁸ all'idea secondo cui "va preservata l'opportunità di un intervento con effetti erga omnes di questa Corte"⁷⁹, è sicuramente quello che contribuisce di più a un "rasseramento" generale di quella dottrina che aveva visto intendimenti sovversivi nella giurisprudenza della Consulta. Conferme arrivano anche dall'ordinanza 117/2019⁸⁰ che, come ha segnalato attenta dottrina, ha "fornito risposte piuttosto efficaci e nel complesso tranquillizzanti alle principali preoccupazioni che erano state suscitate dall'obiter dictum di cui alla sentenza 269 del 2017. Oltre a confermare un approccio collaborativo, ma attivo e a volte anche critico, al sistema 'a rete' di tutela dei diritti che si è ormai delineato nell'ambito dell'Unione europea"⁸¹. In realtà, come si vedrà, la 117/2019 non risolve tutte le questioni.

⁷⁸ Corte costituzionale, sentenza 269/2017.

⁷⁹ Corte costituzionale, sentenza 20/2019.

⁸⁰ Corte costituzionale, ordinanza 117/2019. L'ordinanza meriterebbe una trattazione a parte anche perché presenta profili di interesse anche dal punto di vista della CEDU. Si veda: A. Ruggeri, *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, *Consulta OnLine*, 2019, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri90.pdf>.

⁸¹ N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa*, in *Federalismi.it*.

Con riferimento all'invio simultaneo da parte dei giudici comuni alle due Corti, non vedo problemi particolari visto il "fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale" che la Corte costituzionale ripete nella 269 e nella 20. Inoltre, mi pare che questo sia per certi versi già successo, anche recentemente⁸². Pensare di limitare la facoltà del giudice nazionale di utilizzare il rinvio pregiudiziale non può essere compensato dalla possibilità che la nostra Corte costituzionale poi sollevi la questione (come avvenuto nella 117/2019), perché il rischio del calo dei rinvii pregiudiziali ex art. 267 TFUE è troppo alto, come ha ben suggerito la dottrina⁸³.

Un altro tassello di questo complesso intreccio viene offerto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, nella sentenza Lippe-Ems GmbH⁸⁴, in cui il problema si era presentato in maniera netta. Nella sentenza Lippe la CGUE chiariva che:

"[L]’articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che un giudice nazionale, il quale nutra dei dubbi riguardo alla compatibilità di una normativa nazionale tanto con il diritto dell’Unione quanto con la Costituzione dello Stato membro interessato, non è privato della facoltà, né è, eventualmente, dispensato dall’obbligo di sottoporre alla Corte questioni riguardanti l’interpretazione o la validità del diritto dell’Unione per il fatto che un procedimento incidentale di controllo della costituzionalità di questa medesima normativa è *pendente* dinanzi al giudice nazionale incaricato di esercitare tale controllo"⁸⁵.

Quanto affermato dalla CGUE in Lippe risolverebbe la questione dal punto di vista del diritto dell’UE, ma non dalla prospettiva della Corte costituzionale. Inoltre, nel momento in cui la Consulta fa riferimento al necessario riconoscimento dello spazio funzionale al suo intervento, con tanto di pronuncia di illegittimità costituzionale dotata di effetti *erga omnes*, mi pare che confermi la sua peculiare missione nel sistema na-

Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, 2019, <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=38959>.

⁸² Inoltre la Corte d’appello di Napoli ha da poco esperito una doppia questione alle due Corti: Corte App Napoli ordinanze del 18 settembre 2019, disponibili anche su http://www.questionegiustizia.it/articolo/la-legittimita-della-disciplina-italiana-contro-il-licenziamento-collettivo_12-02-2020.php

⁸³ C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di Giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2019, 1 ss., 16.

⁸⁴ CGUE, C-5/14, Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH.

⁸⁵ CGUE, C-5/14, Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH, par. 39.

zionale. Il messaggio a me pare essere il seguente: se il giudice comune vuole può coinvolgere la Corte costituzionale che, nel realizzare il suo compito, amplierà lo spettro di analisi alla Carta. In tutto questo non scorgo necessariamente un male nel trittico di pronunce ricordato. Se la Corte costituzionale è sincera (come credo sia) nell'auspicare un vero concorso di rimedi allora la disapplicazione/non applicazione non viene necessariamente negata.

L'intervento della Corte costituzionale, allora, si presenterebbe come *bonus* rispetto al rimedio immediato dato dalla disapplicazione. Ma come opera, in concreto, questo *bonus*? Qui sorgono i problemi. Il giudice comune può disapplicare la norma interna, ma se la ritenesse particolarmente "odiosa" potrebbe sollevare la questione di costituzionalità per ottenere la sanzione *erga omnes*, a maggior ragione dopo la 20/2019, che rinuncia all'ambiguo passaggio "ove, per altri profili".

Dopo il "trittico", quindi, sappiamo che il giudice comune potrebbe in effetti sollevare la questione di costituzionalità e, anche se la Consulta non dovesse propendere per l'incostituzionalità, potrebbe disapplicare. Fin qui tutto bene perché non sembrano porsi problemi legati al difetto di rilevanza.

La questione potrebbe porsi nel momento in cui il giudice volesse disapplicare prima di sollevare la questione di costituzionalità, sulla scia di un (discutibile) parallelismo con la giurisprudenza della Consulta con riferimento alle questioni in via incidentale sollevate in sede cautelare⁸⁶. Del resto, si potrebbe dire, il processo costituzionale ha una dimensione anche oggettiva (anche se va innestato⁸⁷) e da un punto di vista teorico si tratterebbe di due questioni di diritto diverse (seppur collegate).

Tuttavia, ho qualche dubbio su questa ricostruzione, perché, a ben vedere, qui il problema è diverso.

Sul punto si rimanda a uno scambio recente fra Ruggeri e Romboli⁸⁸, in cui Ruggeri⁸⁹, peraltro, immaginava la possibilità di un intervento legislativo per risolvere la questione.

⁸⁶ Ad esempio Corte costituzionale, sentenza 83/2013.

⁸⁷ Su questo si rinvia a G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle legge*, Napoli, 2019.

⁸⁸ R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po')*. In dialogo con il Ruggeripensiero sul tema della "doppia pregiudizialità", in *Consulta Online*, 2019, <http://www.giurcost.org/studi/romboli5.pdf>.

⁸⁹ A. RUGGERI, *Caro Roberto, provo a risponderti sulla "doppia pregiudizialità" (così mi distraigo un po' anch'io...)*, in *Consulta Online*, 2019, <http://www.giurcost.org/studi/ruggeri102.pdf>. Si vedano le interessantissime considerazioni a proposito del criterio

Nell'immediato bisogna affidarsi a quanto suggerito dalla CGUE in Melki e A c. B., in cui veniva chiarito che:

“Per contro, il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 267 TFUE, deve essere interpretato nel senso che esso non osta a una siffatta normativa nazionale se i suddetti giudici ordinari restano liberi di [...] adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e disapplicare, al termine di un siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione”⁹⁰.

Da questo passaggio si evince che l'unico modo di ammettere la non disapplicazione immediata prima del termine del procedimento incidentale è garantire al giudice l'esperibilità di una “misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione”. Questo è quello che sembra suggerire anche la pratica francese all'indomani di Melki. Solo in questo modo il mandato Simmenthal può essere salvato. Simmenthal non riguardava solo la disapplicazione, ma indubbiamente verteva sull'obbligo, per il giudice nazionale, di “garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”⁹¹.

A ben vedere, però, la questione della disapplicazione a me pare prevalentemente ipotetica (ma anche su questo occorre attendere ulteriori chiarimenti). Alla luce delle considerazioni fatte in precedenza, infatti, ci si potrebbe chiedere se non sia la struttura della norma tenuta a mente nel caso specifico dalla Corte costituzionale nella 269 – più che il nuovo indirizzo della Consulta – ad escludere la disapplicazione come rimedio all'antinomia. Se, infatti, la normativa interna tenuta in considerazione dalla Corte nella 269 è di attuazione di diritto europeo in ambiti in cui gli Stati possono adottare “scelte politiche discrezionali”⁹², forse siamo

della rilevanza nella l. 87/1953 fatte da C. AMALFITANO, *Il dialogo* cit., 27, sulla scia di quanto scritto da G. ZAGREBELSKY, *La rilevanza, un carattere normale ma non necessario della questione incidentale di legittimità costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1969, 1001 ss.

⁹⁰ CGUE, C-112/13, A c. B e altri. Si veda anche CGUE, C-188/10 e C-189/10, Melki.

⁹¹ CGUE, 106/77, Simmenthal.

⁹² G. REPETTO, *Concorso di questioni*, cit., 2961.

dinanzi a norme europee non provviste di effetto diretto e, quindi, non suscettibili di dare origine alla disapplicazione della norma interna contrastante. Questo è cruciale perché ci permetterebbe di tornare sulla 269 come svolta o no, ma anche su questo bisogna aspettare ulteriori chiarimenti.

In conclusione, il trittico di pronunce (a cui si è aggiunta dopo anche l'ordinanza 117/2019) ricordato a mio avviso non presenta tutti gli aspetti problematici che sono stati segnalati dalla dottrina e in questo non credo che si possa ragionare di uno stravolgimento nel rapporto fra Corte costituzionale e Corte di giustizia, anche se è chiaro il messaggio lanciato dalla prima ai giudici comuni. Con ciò non si vuole negare l'esistenza di alcune ambiguità fortemente problematiche, ma sottolineare la necessità, anche da un punto di vista metodologico, di contestualizzare queste pronunce e di non cedere a un approccio manicheo "conflitti *versus* dialogo".

4. *Il versante della CEDU. La sentenza 49/2015 come punto di svolta?*

Con riferimento al rapporto esistente fra la Corte EDU e la nostra Corte costituzionale, all'indomani della sentenza 49/2015, in tanti hanno criticato (in parte a ragione) la Consulta, paragonandola alla Corte Suprema del Regno Unito ad esempio. Tuttavia, quello non è stato che l'apice di una serie di dissensi, contenuti nei numeri, ma eclatanti nella sostanza, espressi dalla nostra Corte costituzionale. Come avviene anche all'estero la nostra Corte costituzionale ha dovuto giustificare in maniera diversa i disaccordi palesatisi con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Per inquadrare le tensioni emerse negli ultimi anni conviene principiare da una relazione presentata dall'ex Presidente della Corte costituzionale Gallo a Bruxelles nel 2012⁹³. Nel testo presentato in quell'occasione, Gallo chiariva immediatamente il valore aggiunto (quello che la stessa Corte costituzionale descrive come il "plus di tutela"⁹⁴) offerto dalla CEDU; tuttavia, in apertura di relazione l'ex Presidente si

⁹³ F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale*, Bruxelles, 24 maggio 2012, http://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/RI_BRUXELLES_2012_GALLO.pdf.

⁹⁴ "Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema [nazionale] dei diritti fondamentali", Corte costituzionale, sentenza 317/2009

soffermava anche sulle difficoltà di *judicial transplant* (utilizzava proprio la formula inglese) di alcune delle soluzioni prospettate a Strasburgo e sulle differenze esistenti fra la Corte costituzionale e la Corte EDU. Proprio queste differenze “strutturali” possono dare origine a dissidi nel caso concreto con i colleghi di Strasburgo. Con riferimento a uno degli aspetti più criticati della sentenza 49/2015, ad esempio, si può ricordare come già nella sentenza 311/2009, la Corte costituzionale avesse sottolineato che “l’apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea”⁹⁵. Si tratta di un passaggio noto, basato su alcune problematiche distinzioni: alla (implicita) contrapposizione fra sostanza e forma della giurisprudenza europea si accompagna quella fra giurisprudenza consolidata e non della stessa Corte EDU. La sentenza 49/2015 ha, però, indubbiamente sviluppato quanto era stato accennato nella pronuncia del 2009, chiarendo che:

“Questa Corte ha già precisato, e qui ribadisce, che il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla ‘giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente’ (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), ‘in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza’ (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009). È, pertanto, solo un ‘diritto consolidato’, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo”⁹⁶.

Questo passaggio ha dato origine a molte critiche. Fra le più autorevoli ricordiamo quella di Zagrebelsky, che ha contestato il fondamento della distinzione, ritrovato dalla nostra Consulta nell’art. 28 della CEDU, sostenendo che “la formula di *jurisprudence bien établie*, contenuta nell’art. 28/1 lett.b) della Convenzione e ricordata dalla Corte costituzionale, indica solo la condizione per l’adozione della procedura davanti ad un Comitato di tre giudici, che pronunciano una sentenza definitiva (escludendo quindi che sia ammissibile un ricorso alla Grande Cham-

⁹⁵ Corte costituzionale. sentenza 311/2009.

⁹⁶ Corte Costituzionale, sentenza 49/2015.

bre). Essa si riferisce ai casi ripetitivi, come ad esempio quelli relativi alla irragionevole durata delle procedure nazionali”⁹⁷. Nel voler differenziare fra giurisprudenza consolidata e non, la nostra Corte- ma, come vedremo, non è la sola nel panorama comparato- ha inteso distinguere il “peso” dei precedenti europei, attribuendo così effetti diversi a seconda della natura consolidata o meno della *case law* della Corte EDU. Come noto, infatti, “solo nel caso in cui si trovi in presenza di un ‘diritto consolidato’ o di una ‘sentenza pilota’, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di ‘ogni strumento ermeneutico a sua disposizione’, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011)”⁹⁸.

Infine, risulta ambiguo, e si tornerà su questo punto nelle prossime pagine, l'accostamento delle “sentenze pilota” alla “giurisprudenza consolidata”. L'accostamento è stato criticato perché improprio in quanto “le ‘sentenze pilota’ (che hanno variegata natura e struttura) non presentano una particolare forza vincolante”⁹⁹. Si tornerà sul punto nelle prossime sezioni.

5. *La disobbedienza funzionale*

Altrove¹⁰⁰ si è cercato di descrivere gli episodi di tensione e i riavvicinamenti fra queste due Corti con l’idea di disobbedienza funzionale¹⁰¹. Con quest’espressione si fa riferimento a puntuali episodi di dissenso che

⁹⁷ V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2015, <http://www.osservatorioaic.it/download/20rFZFJ4Sfx-tOPnG6-JvyZgixkjlhflbFQsTJBxX4Bo/zagrebelksky-22015-.pdf>.

⁹⁸ Corte costituzionale, sentenza 49/2015.

⁹⁹ V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015*, cit.

¹⁰⁰ G. MARTINICO, *La giurisprudenza della disobbedienza. Il ruolo dei conflitti nel rapporto fra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell’uomo*, in A. BERNARDI, *I Controlimiti* cit., 407 ss.

¹⁰¹ Sul concetto di disobbedienza funzionale in ambiti disciplinari diversi dal diritto si veda: P. BRIEF, R. T. BUTTRAM, J. M. DUKERICH, *Collective Corruption in the Corporate World: Towards a Process Model*, in M. E. Turner (a cura di), *Groups at Work: Theory and Research*, Lawrence Erlbaum Associates, NJ, 2001, 471 ss., 492. Solo parzialmente collegato è concetto, più nobile e studiato, di disobbedienza civile: H. D. THOREAU, *Disobbedienza civile*, Bari, 1968; H. ARENDT, *Crises of the Republic: Lying in Politics, Civil*

non comportano la radicale discussione della legittimità¹⁰² del sistema della CEDU (e del suo interprete). Infatti, non si tratta di nostalgiche torsioni verso la sovranità che fu ma, appunto, di comportamenti tendenti ad un obiettivo concreto: indurre un ripensamento giurisprudenziale. Tali atti sono, infatti, funzionali alla *miglior interpretazione possibile* del testo delle Convenzioni (quella più aderente a una lettura “pluralista” e non “egemonica”¹⁰³).

Il concetto di disobbedienza funzionale preso in considerazione in questo saggio recupera alcune delle caratteristiche della disobbedienza civile, nello specifico il controverso rapporto fra disobbedienza e fedeltà al diritto¹⁰⁴.

Altri Autori hanno usato concetti diversi, come quello di “principled resistance”¹⁰⁵, altri ancora hanno cercato di classificare atteggiamenti simili riscontrabili anche su scala comparata¹⁰⁶. Applicandola al nostro contesto si potrebbe dire che un giudice nazionale si rende protagonista di un atto di disobbedienza funzionale quando decide di non seguire (“declines to follow”) la soluzione derivante dalla giurisprudenza della Corte EDU, disobbedendo, appunto, sulla base di una serie di argomenti volti a indurre la Corte EDU a una interpretazione diversa da quella precedentemente fornita (perché poco rispettosa del margine di apprezzamento o perché fondata su una erronea ricostruzione del “consenso”¹⁰⁷).

Disobedience, On Violence, Thoughts on Politics and Revolution, 1972, New York, 201 ss.; J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, 2003, 319 ss.

¹⁰² Anche il concetto di disobbedienza civile, in fondo, non implica la negazione radicale del diritto che si sta infrangendo, dal momento che: “It expresses disobedience to law within the limits of fidelity to law, although it is at the outer edge thereof. The law is broken, but fidelity to law is expressed by the public and nonviolent nature of the act, by the willingness to accept the legal consequences of one’s conduct”, J. Rawls, *A Theory*, cit., 322

¹⁰³ M. DELMAS MARTY, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit* Parigi, 2006 e M. DELMAS MARTY, *Lo spazio giudiziario e giuridico europeo: verso un pluralismo ordinato*, in *Astrid online*, 2004, <http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/DELM/DELMAS-MARTY-Spazio-giudiziario-ANM-.pdf>.

¹⁰⁴ Su cui M. R. HALL, *Guilty but Civilly Disobedient: Reconciling Civil Disobedience and the Rule of Law*, in *Cardozo Law Review*, 2007, 2083 ss.

¹⁰⁵ M. BREUER, *Principled Resistance to ECtHR Judgments – A New Paradigm?*, Heidelberg, 2019.

¹⁰⁶ P. POPELIER, S. LAMBRECHT, K. LEMMENS (a cura di), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-dynamics at the National and EU Level*, Cambridge, 2017.

¹⁰⁷ K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, 1730 ss.

Atti di disobbedienza funzionale danno origine a disaccordi interpretativi (conflitti) e si caratterizzano per i seguenti elementi: apertura, distinzione fra interpretazione e argomentazione, funzionalità e dialogo¹⁰⁸.

Nella decisione del giudice disobbediente l'interpretazione del dato normativo interno non avviene solo alla luce del testo costituzionale nazionale, anzi. Questa scelta risulta comprensibile tenendo in considerazione diversi fattori. A volte il giudice nazionale trova la fonte dell'obbligo di interpretazione conforme in disposizioni costituzionali (art. 16 della Costituzione portoghese, art. 10.2 della Costituzione spagnola, art. 20 della Costituzione rumena, art. 5 della Costituzione bulgara). In altri casi l'obbligo di interpretazione conforme è frutto di acquisizioni giurisprudenziali, specie in contesti caratterizzati da disposizioni costituzionali più "neutre" verso gli accordi internazionali in materia di diritti umani. In questo senso l'Italia è un buon esempio, anche dopo la riforma che ha portato al nuovo art. 117 della Costituzione, non avendo nel nostro testo costituzionale, come noto, una disposizione analoga a quella dell'art. 10.2 spagnolo.

Da ultimo, tale apertura al possibile valore aggiunto – in sede interpretativa – offerto dal dato esterno può essere garantita da disposizioni di rango formalmente primario¹⁰⁹, come nel caso della sezione 3 dello *Human Rights Act*¹¹⁰. Proprio il caso britannico ci offre un'altra importante precisazione. Il fatto che il giudice nazionale prenda le mosse dalla lettura integrata del dato interno alla luce di quello esterno non lo obbliga, proprio per la natura "procedurale" dell'interpretazione conforme (*infra*), a concludere come la Corte di Strasburgo ha fatto nel caso richiamato. Il giudice, dopo aver letto il dato normativo interno alla luce della CEDU può discostarsi dalla giurisprudenza di Strasburgo, motivando il proprio dissenso, dando quindi argomenti¹¹¹ per una diversa conclusione alla luce, per esempio, delle particolarità del contesto nazionale. Infine, questi atti di disobbedienza innescano fenomeni di *dialogo*. Per evitare di riaprire discussioni meramente teoriche, basti in questa sede ricordare che esiste dottrina che ha seriamente definito cosa intendere per dialo-

¹⁰⁸ Per una puntuale discussione di questo concetto si permetta di rinviare a: G. MARTINICO, *La giurisprudenza della disobbedienza*, cit., 407 ss.

¹⁰⁹ Formalmente perché è nota la giurisprudenza che qualifica come di rango "costituzionale" lo *Human Rights Act*, per esempio: *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] 1 CMLR 50.

¹¹⁰ Sect. 3 (Interpretation of legislation), UKHRA 1998.

¹¹¹ R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

go¹¹². Rinviano a questa scrupolosa letteratura – e condividendo, allo stesso tempo, lo scetticismo di Maestri del diritto che hanno giustamente espresso dubbi con riferimento all’abuso del concetto¹¹³ – si definisce dialogo proprio questo scambio di argomenti fra soggetti dotati di pari dignità e accettati dai rispettivi interlocutori¹¹⁴.

Senza pretesa di esaustività si possono richiamare alcune tecniche di disobbedienza normalmente utilizzate dalla Corte costituzionale. Un primo modo, per esempio, per giustificare l’allontanamento dalla soluzione a un caso simile già deciso a Strasburgo è quello che fa perno sul diverso modo di ricostruire e operare il bilanciamento. Come vedremo la stessa tecnica viene utilizzata dalla Corte costituzionale tedesca. L’esempio che l’ex Presidente Gallo faceva è quello relativo alla giurisprudenza sull’insindacabilità delle opinioni dei parlamentari:

“Questo diverso apprezzamento del nesso funzionale può essere parzialmente spiegato alla luce degli interessi da contemperare nelle diverse sedi di giudizio in cui le due Corti rendono le pronunce sulla insindacabilità delle opinioni del parlamentare: per la Corte costituzionale, la sede è il conflitto di attribuzione fra poteri, in cui è preminente l’interesse oggettivo all’integrità delle attribuzioni costituzionali dei poteri dello Stato in conflitto e non l’interesse della parte privata offesa; per la Corte EDU, la sede è il giudizio specificamente rivolto alla tutela dell’interesse soggettivo di una parte, che lamenta la violazione di un proprio diritto fondamentale”¹¹⁵.

Fra le altre tecniche di disobbedienza possiamo ricordare quella facente perno sulla distinzione fra il quadro fattuale e giuridico della causa pendente dinanzi alla Corte costituzionale e quello che ha dato origine a una precedente pronuncia della Corte di Strasburgo.

Secondo questo modo di procedere, dopo aver richiamato la pronuncia della Corte EDU (vale anche qui la distinzione fra interpretazione e argomentazione), la Corte costituzionale si affretta a chiarire che, in realtà, la propria giurisprudenza risponde allo spirito di quella di Strasburgo, ma che la non esatta corrispondenza del quadro fattuale comporta la necessità di staccarsi parzialmente dalle conclusioni del giudice EDU. Si tratta di un modo di argomentare fondato sul “differente rilievo del caso”

¹¹² A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union: A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, 2009, 118 ss.

¹¹³ G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, Bologna, 2010.

¹¹⁴ A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights*, cit., 118 ss.

¹¹⁵ F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit.

nei due giudizi; un buon esempio è quello relativo alla questione della estensione del principio di retroattività delle leggi penali: nella 236/2011, infatti, la nostra Corte ha ricordato come la sentenza *Scoppola*¹¹⁶ “ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio (...) resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l’ha originata”¹¹⁷.

Proprio ricordando la 236/2011 l’ex Presidente Gallo, sempre nel corso della relazione del 2012, ribadiva la competenza della Corte costituzionale italiana “a trarre dalla puntualità della casistica giurisprudenziale i princìpi atti ad essere trasposti nell’ordinamento giuridico nazionale”¹¹⁸.

Queste parole ci riportano alla metafora del *judicial transplant*. È compito della Corte costituzionale evitare il rigetto dell’innesto, tenendo conto delle ragioni del “sistema”¹¹⁹ di ricezione del principio proveniente da Strasburgo.

Per ragioni di spazio si rinvia ad altra sede¹²⁰ con riferimento a quei casi non richiamati (perché più recenti) nella relazione di Gallo, in cui la Consulta ha deciso di risolvere la questione alla luce del solo dato costituzionale interno, non utilizzando quindi la CEDU come norma interposta¹²¹. Secondo lo schema argomentativo seguito dalla Consulta nel momento in cui “è sufficiente” il parametro interno per raggiungere il risultato di espellere una norma dall’ordinamento – nell’ottica di quello che è stato chiamato il “garantismo competitivo”¹²² – non vi è bisogno di utilizzare la CEDU per integrare il parametro.

Infine, un’altra tecnica di disobbedienza usata dalla Corte costituzionale italiana consiste nell’uso di concetti “polisemici”: è il caso di nozioni quali “pubblica utilità” o “pubblico interesse”, che vengono, non a caso, ricordati dall’ex Presidente Gallo nella sua relazione a proposito delle divergenze relative alle leggi di interpretazione autentica.

Conviene riportare l’intero passaggio e sottolineare il riferimento al

¹¹⁶ Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, in causa n. 10249/03.

¹¹⁷ Corte costituzionale, sentenza 236/2011.

¹¹⁸ F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit.

¹¹⁹ Corte costituzionale, sentenza 264/12 e sentenza 85/13.

¹²⁰ G. MARTINICO, *La giurisprudenza della disobbedienza*, cit.

¹²¹ Corte costituzionale, sentenza 278/2013 e Corte costituzionale, decisione 162/2014. Su cui G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost., sent. n. 162/2014)*, in *Consulta OnLine*, 2014, <http://www.giurcost.org/studi/sorrenti3.pdf> e, adesso, E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019, 116.

¹²² G. SORRENTI, *Gli effetti del garantismo competitivo*, cit.

dialogo inteso anche come dialettica fra interlocutori che non hanno necessariamente posizioni di partenza (e di arrivo) coincidenti:

“La perentorietà con cui le ragioni di interesse pubblico che motivano il ricorso all’interpretazione autentica sono state ritenute insussistenti – in aperto contrasto con quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 311 del 2009 – pone un problema interpretativo circa le nozioni di ‘pubblica utilità’ e ‘interesse pubblico’ assunte dalla Corte EDU e circa le diverse conseguenze che essa fa derivare dalla insussistenza dell’una o dell’altra [...] E ciò senza tener conto che almeno per il diritto italiano, anche dal punto di vista lessicale, i termini ‘utilità’ e ‘interesse’ non sono antitetici e sono comunque resi omogenei dal loro carattere ‘pubblico’, e cioè dalla riferibilità di entrambi a una valutazione eminentemente politica meglio apprezzabile dall’autorità nazionale. È sulla soluzione di questo dubbio interpretativo che in futuro si dipanerà probabilmente il dialogo fra le Corti in tema di retroattività delle leggi e affidamento”¹²³.

Proprio il riferimento al dialogo contenuto nel testo citato ci riporta all’idea presentata in apertura di relazione dall’ex Presidente Gallo che, menzionando la decisione 317/2009, scriveva di un “plus di tutela” offerto dalla CEDU. Anche in questi casi, comunque, sarebbe errato parlare di un totale ritorno indietro o di una contraddizione rispetto all’apertura delle sentenze gemelle del 2007.

Il fatto che la Corte costituzionale non sia tornata indietro è dimostrato proprio dalla costante attenzione alla giurisprudenza della Corte EDU. Questo punto è cruciale perché aiuta a distinguere il caso italiano da quelli di totale chiusura verso il diritto internazionale dei diritti umani, ad esempio quello russo. Se, da un lato, in quest’ultimo caso sembra venire meno una delle caratteristiche della disobbedienza funzionale – l’accettazione della sanzione¹²⁴ – la giurisprudenza della Corte russa lascia aperti degli spiragli, come hanno riconosciuto alcuni commentatori.¹²⁵ Sulla base di quanto riportato da altri studiosi, invece, vi sarebbero almeno tre ragioni per dubitare della riconducibilità della giurisprudenza

¹²³ F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit.

¹²⁴ Come notava anche la Commissione di Venezia nel parere menzionato, *Interim Opinion*, cit.

¹²⁵ I. NUZOV, *Russia’s Constitutional Court Declares Judgment of the European Court “Impossible” to Enforce*, in *I-CONnect, Blog of the International Journal of Constitutional Law and ConstitutionMaking.org*, 2016, <http://www.iconnectblog.com/2016/05/russias-constitutional-court-declares-judgment-of-the-european-court-impossible-to-enforce/>.

russa al concetto di disobbedienza funzionale: il richiamo tutt'altro che accurato alle rilevanti fonti internazionalistiche¹²⁶, l'apparente inesistenza di competenze simili in capo ad altre corti dei Paesi del Consiglio d'Europa e, soprattutto, la natura persistente e strutturale dei fenomeni di resistenza all'autorità della CEDU¹²⁷.

6. *La sentenza 49/2015 "in contesto"*

Come si è ricordato in precedenza, la sentenza 49 ha suscitato molte critiche; c'è chi l'ha definita una "controriforma"¹²⁸, enfatizzando soprattutto gli elementi di rottura con le c.d. sentenze gemelle del 2007, o un "cattivo esempio" che, si spera, non faccia scuola¹²⁹.

Chi scrive è convinto che sia, però, necessario leggere la sentenza 49/2015 in contesto, sia diacronicamente (tenendo conto, quindi, di continuità e discontinuità con il passato, anche e soprattutto alla luce di quanto richiamato dall'ex Presidente Gallo), sia sincronicamente (alla luce, cioè, di quanto sostenuto da altre Corti costituzionali e supreme in Europa). Non si vuole qui difendere la Consulta o negare che la 49 sia ricca (anche) di passaggi infelici e ambiguità, tuttavia, alcune delle critiche mosse mi sembrano parzialmente superabili alla luce di una lettura che tenga conto di alcuni importanti fattori. Innanzitutto, è solo parzialmente produttivo l'approccio "statico" che tende a cristallizzare nelle sentenze del 2007 la vera "riforma", tralasciando gli importanti mutamenti occorsi con riferimento al sistema CEDU dal 2007 a oggi. In secondo luogo, va ricordato quello che già nel 2009, nel commentare le sentenze 311 e 317/2009, Pollicino scriveva a proposito delle c.d. sentenze gemelle del 2007:

¹²⁶ N. CHAEVA *The Russian Constitutional Court and its Actual Control over the ECtHR Judgement in Anchugov and Gladkov*, in *EJIL: Talk!*, 2016, <http://www.ejiltalk.org/the-russian-constitutional-court-and-its-actual-control-over-the-ecthr-judgement-in-anchugov-and-gladko/>.

¹²⁷ N. CHAEVA, *The Russian Constitutional Court*, cit.

¹²⁸ N. COLACINO, *Convenzione europea e giudici comuni dopo Corte costituzionale n. 49/2015: sfugge il senso della "controriforma" imposta da Palazzo della Consulta*, in *Rivista OIDU*, 2015, http://www.rivistaoidu.net/sites/default/files/1_paragrafo_1_ITA_e_CEDU_3_2015.pdf.

¹²⁹ "Nessuno Stato europeo ha finora assunto una simile posizione, ma il (cattivo) esempio italiano potrebbe fare scuola, in un periodo in cui si appanna l'ideale di unificazione europea, di cui la Convenzione è stata storicamente il primo concreto momento", V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015*, cit.

“Nelle decisioni del 2007 tutte le “energie argomentative” dei giudici costituzionali si erano concentrate nel dotare del massimo di persuasività possibile la tesi dell’impossibile accostamento tra il trattamento giudiziale riservato da parte dei giudici comuni, rispettivamente, al diritto comunitario ed al diritto CEDU. E, per ottenere questo obiettivo, non si poteva non puntare, come si è cercato di argomentare altrove, su argomentazioni caratteristiche del campo di gioco proprio della teoria delle fonti. Il che, peraltro, non ha impedito alla Corte di fare delle incursioni, per forza di cose minime, nel diverso campo, più attiguo di quanto si possa pensare, della teoria dell’interpretazione”¹³⁰.

Si tratta di un punto centrale che ci ricorda come le risposte che i giudici danno dipendono dalla questione giuridica sottoposta e in quel caso la Consulta doveva affrontare lo spinoso problema dell’emersione di un controllo di convenzionalità diffuso. Indubbiamente le sentenze 348 e 349/2007 hanno rappresentato un punto di svolta, ma il momento innovativo non si è concluso in quei due tasselli giurisprudenziali che vanno letti, come in un ideale mosaico, tenendo conto degli sviluppi e aggiustamenti che la Consulta ha operato successivamente, ritornando “su quelle incursioni, ampliandone la portata fino a riassetare l’equilibrio complessivo dei rapporti tra diritto CEDU e diritto interno”¹³¹. Il contesto europeo è cambiato molto dal 2007: è entrato in vigore il Protocollo 14, è stata adottata la famosa Dichiarazione di Brighton e i noti Protocolli 15 e 16 – e quest’ultimo ha, nel ragionamento della Consulta, un ruolo importante nel lungo periodo. Tutte queste innovazioni rispondono all’esigenza di coinvolgere gli operatori nazionali, dato che gli Stati, come ricordato del resto anche dal Protocollo 15, “in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto”. Se, da un lato, era fisiologico aspettarsi dei riassetamenti all’indomani delle sentenze gemelle – la migliore dottrina aveva subito sollevato alcuni interrogativi¹³² – questi ulteriori fattori devono far riflettere e dubitare

¹³⁰ O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2009, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0031_nota_311_317_2009_pollicino.pdf.

¹³¹ O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento*, cit.

¹³² M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti fra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.* 2008, 203 ss.

di approcci “statici” o “rigidi”, che scorgono nelle 349 e 348 i modelli “puri” da cui non distaccarsi.

Con questo non si vuole negare che vi siano anche discontinuità; è noto, del resto, che la Corte costituzionale è tornata sul problema del vincolo alla giurisprudenza della Corte EDU. Un vincolo, questo, che era da subito apparso come pericoloso se interpretato in maniera eccessivamente rigida¹³³. Si pensi a quanto sostenuto dalla Consulta nelle già ricordate decisioni 311 e 317 del 2009¹³⁴. La Corte costituzionale, come abbiamo visto, ha già altre volte disobbedito e lo ha fatto citando la giurisprudenza della Corte EDU e argomentando tale dissenso, almeno nei casi ricordati.

Se poi guardiamo ai quesiti sollevati dai giudici *a quibus*, ci rendiamo conto di quanto difficile fosse la posizione della Consulta, sospesa fra due ordinanze molto diverse fra loro, come ha ricordato Viganò:

“Mentre il Tribunale di Teramo chiede alla Corte costituzionale di superare il diritto vivente della Cassazione, e di adeguare così l’ordinamento italiano agli standard fissati dai giudici europei, la terza sezione della Cassazione chiede di cristallizzare quel medesimo diritto vivente, ‘blindandolo’ con il crisma della soluzione costituzionalmente necessaria a fronte dell’invasione dei giudici di Strasburgo”¹³⁵.

Si ritiene che gran parte di quanto scritto nella sentenza 49 sia soprattutto rivolto alla Corte di Cassazione, colpevole, fra l’altro, della formulazione di un quesito problematico – come rilevato da attenta dottrina¹³⁶ - e pronta ad attivare il conflitto fra Corti piuttosto che superare il proprio diritto vivente. Se ciò fosse vero avrebbe senso, così, il riferimento al Protocollo 16. In questo senso, come ricordato da Repetto, il ragiona-

¹³³ Su queste e altre problematiche si veda: E. LAMARQUE, *Il vincolo delle leggi statali e regionali*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del Seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Milano 2010, 178.

¹³⁴ Corte costituzionale, sentenze 311 e 317/2009.

¹³⁵ F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49*, in *Diritto penale contemporaneo*, <https://www.penalecontemporaneo.it/d/3804-la-consulta-e-la-tela-di-penelope-osservazioni-a-primissima-lettura-su-c-cost-sent-26-marzo-2015-n>.

¹³⁶ F. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposito di Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2014)*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/3128-confisca_urbanistica_e_prescrizione_a_strasburgo_il_re_nudo_a_proposito_di_cass_pen_sez_iii_ord_30_aprile_2014/.

mento della Consulta “appare rivolto a ricercare una composizione tra gli orientamenti che i giudici a *quibus* avevano invece ricostruito in termini più marcatamente contrappositivi”¹³⁷, mostrando come una lettura allo stesso tempo convenzionalmente e costituzionalmente conforme fosse possibile in quella sede. Indubbiamente la 49 è una sentenza frutto di una situazione di disagio – per altro diffuso anche fra altre Corti costituzionali e supreme- perché una delle conseguenze della genuina apertura del 2007 è stata il ritrovarsi a dover fare i conti con una giurisprudenza complessa e folta di cui essa non è l’interprete autentico, con il difficile compito di scorgere e dopo adattare (ecco che il riferimento all’immagine del *transplant* utilizzata dall’ex Presidente Gallo si conferma utilissima¹³⁸) al proprio contesto il precedente europeo rilevante.

La già menzionata eccessiva attenzione nei confronti della Cassazione ha portato la Corte costituzionale a una sentenza ambigua, in cui è stato forse anche il timore di sbagliare a suggerire la via dell’interpretazione conforme “sostenibile”, in grado, cioè, di tenere insieme una lettura costituzionalmente e convenzionalmente guidata.

Un’altra critica che è stata fatta alla Corte consiste nell’aver equiparato “giurisprudenza consolidata” e “sentenze pilota”¹³⁹ ma, anche qui, è difficile capire cosa davvero avessero in mente i giudici costituzionali. Una lettura in contesto, alla luce di quanto detto dal Presidente emerito Gallo nella più volte citata relazione di Bruxelles, ci suggerisce un’interpretazione diversa: piuttosto che scorgere nelle sentenze pilota un esempio di giurisprudenza consolidata, la Consulta voleva probabilmente sostenere che, per ragioni diverse, anche le sentenze pilota presentano un’efficacia particolare (il Presidente emerito Gallo le ricordava per sottolineare il parziale superamento di quelle differenze strutturali menzionate fra Corte EDU e Corte costituzionale italiana¹⁴⁰) che le rende in qualche modo utilizzabili al di là della situazione che le ha originate, grazie alla possibilità di “estendere in talune ipotesi la *ratio decidendi* della propria decisione”¹⁴¹. Detto in altro modo, la Corte costituzionale

¹³⁷ G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Rivista AIC*, 2015, 1 ss.

¹³⁸ F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale* cit.

¹³⁹ Per esempio, R. CONTI, *La CEDU assediata*, cit. “I casi delle c.d. sentenze pilota, d’altra parte, non nascono dall’esistenza di una giurisprudenza costante e consolidata della Corte stessa, ma dalla ripetitività dei casi che vengono al cospetto di quel Giudice, tanto da indurlo ad adottare una decisione”.

¹⁴⁰ F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale* cit.

¹⁴¹ “Attraverso la descritta procedura la Corte EDU – pur rimanendo prevalente-

forse non voleva dire che le sentenze pilota nascono da giurisprudenza costante, quanto sottolineare come esse presentino degli effetti particolari (al di là della correttezza di tale ricostruzione). La Consulta è stata anche criticata per avere “bacchettato” la Corte di Cassazione in quanto il quesito posto da quest’ultima “presuppone che competa alla Corte di Strasburgo determinare il significato della legge nazionale, quando, al contrario, il giudice europeo si trova a valutare se essa, come definita e applicata dalle autorità nazionali, abbia, nel caso sottoposto a giudizio, generato violazioni delle superiori previsioni della CEDU”¹⁴².

Questo passaggio è stato visto come particolarmente aggressivo ma, in realtà, si possono trovare affermazioni del tutto simili anche nella stessa giurisprudenza della Corte EDU. Per esempio, nella decisione *Hutchinson*, espressamente si dice che “in the circumstances of this case where, following the Grand Chamber’s judgment in which it expressed doubts about the clarity of domestic law, the national court has specifically addressed those doubts and set out an unequivocal statement of the legal position, the Court must accept the national court’s interpretation of domestic law”¹⁴³.

Come dire, quello contenuto nella 49 era un passaggio volto a ricordare alla Cassazione la divisione del lavoro fra Corte costituzionale e Corte EDU.

Oltretutto, e questo vale anche per il riferimento all’oggetto della questione di costituzionalità (non l’art. 44, comma, 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, ma la legge 4 agosto 1955, n. 848), si tratta di un ragionamento che può essere spiegato alla luce della nota finzione dualista adottata dalla Consulta.

Proprio l’ottica dualista e l’astratta distinzione di ruoli ha portato la Consulta a insistere sul predominio assiologico, funzionalizzando, dal proprio punto di vista, l’interpretazione conforme a Convenzione a quella conforme a Costituzione e cercando, alla luce del principio pluralista che ispira la CEDU, di avanzare una diversa interpretazione, partecipando così al dialogo con la Corte di Strasburgo. La Consulta vede nella

mente giudice del “caso” – può estendere in talune ipotesi la ratio decidendi della propria decisione, da un lato, segnalando i rimedi che lo Stato dovrebbe adottare per ovviare alla violazione dei diritti fondamentali o per evitare che tale violazione continui a determinarsi in futuro; dall’altro lato, operando scopertamente come lawmaker nell’arena dei poteri pubblici europei”, F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale*, cit.

¹⁴² Corte Cost. sentenza 49/2015.

¹⁴³ Corte EDU, *Hutchinson v. the UK*, 57592/08 del 3 febbraio 2015.

Corte EDU un alleato (perché può apportare con le sue pronunce quel “valore aggiunto” di cui si è già detto¹⁴⁴), ma si percepisce come altro dal suo interlocutore (e qui si torna a quanto scritto in apertura sulla prospettiva del pluralismo costituzionale), perché guardiano di un ordinamento che ha molto a che vedere- assiologicamente parlando- con quello della CEDU, ma che presenta anche un’identità propria.

Sono due, comunque, i principali motivi che hanno portato la dottrina a criticare la sentenza 49 e su cui è difficile non essere d’accordo: il problema del “vincolo” alla giurisprudenza non consolidata e la natura degli indicatori forniti dalla Corte costituzionale per orientare i giudici italiani nel ginepraio giurisprudenziale della Corte EDU. Anche qui, tuttavia, è importante evitare conclusioni estreme. Per quanto riguarda gli indicatori, è indubbiamente vero che essi rischiano di confondere il giudice comune. Come è stato giustamente scritto si tratta di criteri “scarsamente intellegibili e suscettibili di critica”¹⁴⁵; va, però, ricordato che i rapporti fra Corti europee e nazionali si sono spesso alimentati di linee guida come queste¹⁴⁶ e, in tal senso, probabilmente la Corte costituzionale non mancherà di intervenire per ritoccarle progressivamente. Più interessante è il problema del vincolo. A tal proposito la Corte costituzionale così scriveva:

“Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è

¹⁴⁴ Corte cost., sentenza 317/2009

¹⁴⁵ G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e CEDU e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/12/sorrenti.pdf>; Si vedano anche le critiche di D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2015/04/nota_49_2015_tega.pdf.

¹⁴⁶ Allo stesso tempo, il rapporto fra Corti si è spesso alimentato di test altrettanto ambigui, basta ricordare qui cosa la dottrina scrisse all’indomani di CILFIT (CGUE, C-283/81, Cilfit) e dei criteri individuati dalla Corte di Lussemburgo. Ovviamente, il parallelismo con CILFIT è relativo: in CILFIT era la stessa Corte di giustizia che dava ai giudici nazionali delle linee guida per distinguere all’interno della propria giurisprudenza, qui invece abbiamo una corte nazionale che pretende di fornire dei criteri utili alla lettura della giurisprudenza della Corte EDU. Su CILFIT e sulle critiche che causò si vedano: P. CRAIG, *The Classics of EU Law Revisited: CILFIT and Foto Frost*, in L. AZOULAI, M. POIARES MADURO, *The past and the future of EU law. The Classics of EU law on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, 2010, 185 ss. D. EDWARD, *CILFIT and Foto Frost in their Historical and Procedural Context*, in L. AZOULAI, M. POIARES MADURO, *The past and the future*, cit., 173 ss.

alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto [...] Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di ‘ogni strumento ermeneutico a sua disposizione’, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011)”¹⁴⁷.

Una delle ragioni per cui è necessario contestualizzare, anche in chiave sincronica, la 49 deriva proprio dal beneficio che l’interprete in casi come questo può trarre dalle giurisprudenze di altri ordinamenti. Molti commentatori hanno fatto discendere da passaggi come quelli appena riportati l’assenza, in mancanza di giurisprudenza consolidata, di vincoli” o “obblighi” per il giudice comune nel rapportarsi alla giurisprudenza della Corte EDU. Si è scritto che, in questo modo, si sarebbe “definitivamente depotenziato il ruolo della Corte di Strasburgo, resa assai vulnerabile, in fase ascendente, fino al punto di non potere costituire un punto di riferimento valido sul piano ermeneutico per i giudici comuni in assenza di decisioni consolidate relative a fattispecie identiche che si pongono al giudice interno e parimenti contratta e parimenti contratta, in fase discendente, attraverso un uso esasperato e non sempre ortodosso, del margine di apprezzamento”¹⁴⁸. Probabilmente queste conclusioni discendono da alcuni passaggi oggettivamente infelici della sentenza, come il seguente, da cui sembrerebbe potersi desumere, *a contrario*, l’astratta possibilità di ignorare l’interpretazione della Corte di Strasburgo in assenza di giurisprudenza consolidata:

“Tuttavia, sarebbe errato, e persino in contrasto con queste premesse, ritenere che la CEDU abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato. Il giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall’art. 101, secondo comma, Cost. [...] **Ciò non vuol dire, però, che questi ultimi possano ignorare l’interpretazione della Corte EDU, una volta che essa si sia consolidata in una certa direzione**”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Corte costituzionale, sentenza 49/2015.

¹⁴⁸ R. CONTI, *La CEDU assediata*, cit.

¹⁴⁹ Corte costituzionale, sentenza 49/2015.

Tuttavia, mi pare che la ricostruzione più appropriata sia un'altra che tenga conto della distinzione, particolarmente nota nel Regno Unito, tra "to be bound" (essere vincolato) e "to take into account" (prendere in considerazione). Come vedremo nella prossima sezione, l'assenza di vincolo non conduce a rendere inutilizzabile, per il giudice comune, la giurisprudenza non consolidata della Corte EDU, né, tanto meno, questa cessa di essere un punto di riferimento in prospettiva ermeneutica. Il giudice comunque dovrà, in ogni caso, tenere in considerazione questa *case law*, dovrà cercare di dare un'interpretazione "aperta" (alla luce della CEDU) del proprio diritto.

In questo, la distinzione fra interpretazione e argomentazione è cruciale nelle dinamiche di disobbedienza funzionale, come vedremo fra poco. Oltretutto, la Corte costituzionale nella stessa sentenza 49 dimostra di non ignorare la giurisprudenza non consolidata della Corte EDU, facendo i conti con la stessa e giungendo a una interpretazione doppiamente conforme.

7. Cosa può insegnare il diritto comparato

Prima di procedere oltre si ritiene necessario prendere posizione sulla natura dell'obbligo di interpretazione conforme¹⁵⁰: come il diritto comparato dimostra, l'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU – e alla giurisprudenza della Corte EDU – è di natura procedurale¹⁵¹ o, detto in altre parole, non si tratta di un obbligo di risultato, ma di mezzo¹⁵².

Il diritto comparato conferma la natura procedurale dell'obbligo di interpretazione conforme: ad esempio nella famosa ordinanza del 2004

¹⁵⁰ Per due diverse visioni dell'interpretazione conforme (con riferimento al diritto europeo) si vedano: M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, l'interpretazione 'conforme a'*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2007, <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=8314>; A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto europolitano*, in *Rivista AIC*, 2010, 1 ss. Per una visione d'insieme: G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006 e A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2011.

¹⁵¹ Espressamente si veda: E. Lamarque, *L'interpretazione conforme alla CEDU da parte dei giudici comuni*, 2011, http://www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=847.

¹⁵² A. CELOTTO, G. PISTORIO, *Interpretazione comunitariamente e convenzionalmente conformi*, in *Giur.it*, 2010, 1983.

della Corte costituzionale tedesca¹⁵³, all'indomani della pronuncia *Görgülü c. Germania*, n. 74969/01 della Corte EDU¹⁵⁴ e, soprattutto, nella sezione 3 dello *Human Rights Act* del 1998, secondo cui l'obbligo di interpretazione conforme avviene "so far as it is possible to do so".

Come noto, negli ultimi anni i giudici nazionali del Regno Unito sono stati protagonisti di accesi scambi con la Corte europea dei diritti dell'uomo e in questo senso non sembrano essere servite – a prima vista almeno – le disposizioni dello *Human Rights Act* del 1998, che dovevano, in teoria, alimentare dinamiche giudiziali di tipo cooperativo. Ci si sta riferendo, ovviamente, alla famosa sezione 2 che stabilisce quanto segue:

“A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any – (a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights”.

L'ambigua formula “take into account” (distinguibile dall'essere vincolati, “to be bound”¹⁵⁵) è stata oggetto di varie interpretazioni, che differiscono per il margine riconosciuto al giudice nazionale di andare oltre (“outpace”) o di discostarsi (“depart”) da un precedente della Corte europea¹⁵⁶. Una prima conferma dell'utilità della comparazione ci viene da quanto sostenuto da Lord Bingham nel caso *R (on the application of Ullah) v Special Adjudicator*¹⁵⁷: “While [Strasbourg]... case law is not strictly binding, it has been held that courts should, in the absence of some special circumstances, follow any clear and constant jurisprudence of the Strasbourg court”.

Anche se Lord Bingham in seguito aggiungeva che “the duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less”¹⁵⁸, si può notare subito

¹⁵³ 2 BvR 1481/04. F. PALERMO, *Il Tribunale*, cit.

¹⁵⁴ Corte EDU, *Görgülü c. Germania*, del 26 febbraio 2004.

¹⁵⁵ “Should the Supreme Court follow clear and constant Strasbourg jurisprudence even where it disagrees with it? The second and third camps would clearly say yes, with some exceptions, while reiterating that judges are not bound by Strasbourg”, H. FENWICK, *What's Wrong with s.2 of the Human Rights Act?*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, 2012, *What's Wrong with s.2 of the Human Rights Act?*

¹⁵⁶ Sulle possibili letture del concetto di “take into account” si veda: H. FENWICK, *What's Wrong with*, cit.

¹⁵⁷ House of Lords, *R (Ullah) v Special Adjudicator* [2004] UKHL 26; [2004] 2 AC 323, 350, par. 20.

¹⁵⁸ House of Lords, *R (Ullah) v Special Adjudicator* [2004] UKHL 26; [2004] 2 AC 323, 350, par. 20.

come anche nel Regno Unito si distingue fra giurisprudenza costante e non costante della Corte EDU. Per la definizione del contenuto della sezione 2 sono importantissimi due famosi casi decisi fra il 2009 ed il 2010 dalla Corte Suprema.

La prima decisione a cui si fa riferimento è il famoso caso *Horncastle*¹⁵⁹, in cui la Corte suprema ha chiarito la necessità di distinguere fra il mero obbligo di “take into account” la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e la possibilità, per i giudici nazionali, di discostarsi dalla soluzione avanzata dalla Corte europea, dando argomenti che permettano alla stessa Corte di Strasburgo di riconsiderare la propria decisione:

“[t]he requirement to ‘take into account’ the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court. This is such a case”¹⁶⁰.

Analizzando questo famosissimo passaggio si possono trarre alcune interessanti riflessioni: la Corte suprema inizia il proprio ragionamento adempiendo all’obbligo procedurale previsto dalla sezione 2 dello HRA ma, allo stesso tempo, si premura di distinguere fra interpretazione dei *Convention rights* (che deve, appunto, avvenire alla luce della giurisprudenza di Strasburgo) e applicazione del principio stabilito dall’interprete della Convenzione al caso concreto. Quando la Corte di Strasburgo avrà dimostrato di non avere sufficientemente apprezzato le peculiarità del contesto interno, la Corte suprema potrà decidere – spiegando le proprie ragioni – di non seguire la soluzione adottata dalla Corte EDU. Si tratta, a ben vedere, di una forma di disobbedienza funzionale a una miglior interpretazione del dato convenzionale, come si affretta a chiarire la stessa Corte suprema, in quanto volta al raggiungimento di uno scambio di argomenti (la Corte del Regno Unito utilizza espressamente il termine

¹⁵⁹ UK Supreme Court, *R v Horncastle and Others* [2009] UKSC 14.

¹⁶⁰ UK Supreme Court *R v Horncastle and Others* [2009] UKSC 14.

“dialogo”¹⁶¹), finalizzato a una interpretazione più “pluralista”¹⁶². Si possono quindi identificare due grandi argomenti addotti a sostegno di atti di disobbedienza funzionale: una non corretta lettura del dato interno (che può, a sua volta, sfociare sia nella ricostruzione errata del consenso a livello statale sia nella negazione del margine di apprezzamento) oppure un’interpretazione del dato convenzionale che produce risultati irragionevoli una volta “trapiantata” in ambito statale.

In entrambi i casi si tratta di reazioni volte a suscitare un adeguamento dell’interpretazione della Convenzione, essendo il principio pluralista (su cui si innesta anche la nota dottrina del margine di apprezzamento) un pilastro del sistema della CEDU¹⁶³.

Nella seconda decisione cui prima si faceva riferimento la stessa Corte suprema andava oltre, utilizzando alcune espressioni che potrebbero richiamare alla memoria la terminologia utilizzata dalla Corte costituzionale tedesca nella famosa saga *Solange*¹⁶⁴:

“This Court **is not bound to follow every decision** of the ECtHR. Not only would it be impractical to do so: it would sometimes be inappropriate, as it would destroy the ability of the Court to engage in the constructive dialogue ... which is of value to the development of Convention law. Of course, we should usually follow a clear and constant line of decisions ... But we are not actually bound to do so or (in theory, at least) to follow a decision of the Grand Chamber ... Where, however, **there is a clear and constant line of decisions whose effect is not inconsistent with some fundamental substantive or procedural aspect of our law, and whose reasoning does not appear to overlook or misunderstand some argument or point of principle, we consider that it would be wrong for this Court not to follow that line.**”¹⁶⁵

Inoltre, in *Manchester City Council* la Corte Suprema sembra andare oltre il caso italiano, insinuando, a ben vedere, la possibilità di non dare

¹⁶¹ Si veda: C. MURPHY, *Human Rights Law and the Perils of Explicit Judicial Dialogue*, in *Jean Monnet Working Paper* 10/12, 2012, <http://jeanmonnetprogram.org/paper/human-rights-law-and-the-challenges-of-explicit-judicial-dialogue/>; Si veda anche: N. BRATZA, *The relationship between the UK courts and Strasbourg*, in *European Human Rights Law Review*, 2011, 505 ss.; S. LAMBRECHT, *Bringing Rights More Home: Can a Home-grown UK Bill of Rights Lessen the Influence of the European Court of Human Rights?*, in *German Law Journal*, 2014, 407 ss.

¹⁶² Nel senso di M. DELMAS MARTY, *Le pluralisme ordonné*, cit.

¹⁶³ Di nuovo il riferimento è a: M. DELMAS MARTY, *Le pluralisme ordonné*, cit.

¹⁶⁴ Ci si riferisce alla saga iniziata con la famosa *Solange I*, BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 *Solange I-Beschluß*.

¹⁶⁵ UK Supreme Court, *Manchester City Council v Pinnock* [2010] UKSC 45.

seguito alla giurisprudenza della Corte EDU anche in situazioni caratterizzate da giurisprudenza chiara e costante, nel caso in cui quest'ultima (lo si evince in negativo dal testo riportato) non fosse coerente con alcuni "fundamental substantive or procedural aspect of our law".

Al di là delle differenze esistenti fra le due pronunce britanniche menzionate, rimane il nucleo comune rappresentato dal riferimento esplicito all'idea di dialogo e dalla distinzione fra "interpretazione" ed "argomentazione"¹⁶⁶.

Si tratta di decisioni che si innestano in un contesto articolato, in cui non sono mancate esplicite accuse contro il giudice di Strasburgo, reo di essere andato al di là del proprio mandato; basti qui, ad esempio, ricordare le polemiche seguite alla decisione *Hirst*¹⁶⁷ (che avrebbe messo in discussione la stessa idea di supremazia parlamentare) o richiamare le considerazioni fatte da Lord Hoffmann nel corso della *Judicial Studies Board Annual Lecture* del 2009¹⁶⁸.

Come noto, anche alla luce di questi fenomeni, è iniziato un complesso processo di ripensamento della stessa funzione della Corte europea dei diritti dell'uomo e della sua relazione con i giudici nazionali, che ha portato alla stesura del Protocollo 15, documento che introduce un esplicito riferimento al concetto di margine di apprezzamento e di sussidiarietà.

Sarebbe un errore pensare che si tratti di fenomeni limitati al contesto britannico: rileggendo con attenzione le parole utilizzate dalla Corte suprema non possono che venire in mente quelle usate anche dalla nostra Corte costituzionale nella decisione 49, specialmente nella parte in cui la Consulta rivendicava il ruolo di interlocutrice per una migliore interpretazione del testo convenzionale, utilizzando la metafora del dialogo¹⁶⁹:

¹⁶⁶ Su questa distinzione, fra gli altri, si veda: R. ALEXY, *Interpretazione giuridica* (voce), in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Roma, 1996, http://www.treccani.it/enciclopedia/interpretazione-giuridica_%28Enciclopedia_delle_scienze_sociali%29/.

¹⁶⁷ Corte EDU, *Hirst v the United Kingdom (No 2)* [2005] ECHR 681.

¹⁶⁸ LORD HOFFMANN, *Judicial Studies Board Annual Lecture, The Universality of Human Rights*, 2009, <http://www.brandeis.edu/ethics/pdfs/internationaljustice/bijj/BIJ2013/hoffmann.pdf>.

¹⁶⁹ "È, pertanto, solo un 'diritto consolidato', generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo. Del resto, tale asserzione non solo si accorda con i principi costituzionali, aprendo la via al confronto costruttivo tra giudici nazionali e Corte EDU sul senso da attribuire ai diritti dell'uomo, ma si rivela confacente rispetto alle modalità organizzative del giudice di Strasburgo. Esso infatti si articola per sezioni, ammette l'opinione dissenziente, ingloba un meccanismo idoneo a risolvere un

“È perciò la stessa CEDU a postulare il carattere progressivo della formazione del diritto giurisprudenziale, incentivando il dialogo fino a quando la forza degli argomenti non abbia condotto definitivamente ad imboccare una strada, anziché un'altra. Né tale prospettiva si esaurisce nel rapporto dialettico tra i componenti della Corte di Strasburgo, venendo invece a coinvolgere idealmente tutti i giudici che devono applicare la CEDU, ivi compresa la Corte costituzionale. Si tratta di un approccio che, in prospettiva, potrà divenire ulteriormente fruttuoso alla luce del Protocollo addizionale n. 16 alla Convenzione stessa, ove il parere consultivo che la Corte EDU potrà rilasciare, se richiesta, alle giurisdizioni nazionali superiori è espressamente definito non vincolante (art. 5). Questo tratto conferma un'opzione di favore per l'iniziale confronto fondato sull'argomentare, in un'ottica di cooperazione e di dialogo tra le Corti, piuttosto che per l'imposizione verticistica di una linea interpretativa su questioni di principio che non hanno ancora trovato un assetto giurisprudenziale consolidato e sono perciò di dubbia risoluzione da parte dei giudici nazionali”¹⁷⁰.

Casi interessanti, che dimostrano l'emersione di analoghe tecniche di disobbedienza nella giurisprudenza di altri Paesi, vengono anche dalla Germania. Basti pensare alla già menzionata ordinanza del 2004 della Corte costituzionale tedesca¹⁷¹, all'indomani della pronuncia *Görgülü c. Germania*, n. 74969/01 della Corte EDU¹⁷², in cui, per esempio, il *Bundesverfassungsgericht* distingueva fra il proprio tipo di bilanciamento e quello realizzato dalla Corte di Strasburgo. Come ricordava Palermo, nel suo commento ai par. 57 e ss. dell'ordinanza, il diverso modo di costruire e operare il bilanciamento è dovuto innanzitutto alla “struttura del processo davanti alla Corte di Strasburgo, in cui le parti sono diverse e meno numerose rispetto al processo nazionale, non essendo rappresentati tutti i titolari dei diritti oggetto di valutazione bilanciata ma solo (almeno come parti principali) il ricorrente contro lo Stato”¹⁷³.

Inoltre, come la dottrina ha più volte sottolineato¹⁷⁴, non è la prima

contrasto interno di giurisprudenza, attraverso la rimessione alla Grande Camera”, Corte costituzionale, sentenza 49/2015.

¹⁷⁰ Corte costituzionale, sentenza 49/2015.

¹⁷¹ 2 BvR 1481/04.

¹⁷² Corte EDU, *Görgülü c. Germania*, n. 74969/01 del 26 febbraio 2004.

¹⁷³ F. PALERMO, *Il Tribunale costituzionale federale*, cit.

¹⁷⁴ A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale*, 2012, <http://www.diritticomparati.it/2012/12/la-consulta-rimette-abilmente-a-punto-la-strategia-dei-suoi-rapporti-con-la-corte-edu-e-indossando-l.html>.

volta che la nostra Corte costituzionale cerca di esercitare una funzione “critica” in senso proprio, rivendicando un ruolo nel sistema “complesso” del diritto europeo¹⁷⁵. Fra altre decisioni che si confermano sicuramente cooperative si può ricordare la sentenza 84/2016¹⁷⁶, emessa all’indomani del caso *Parrillo*¹⁷⁷ o anche le sentenze 24/2019 e 25/2019¹⁷⁸ dove la giurisprudenza della Corte EDU è stata presa in grande considerazione e che sono caratterizzate da notevole apertura verso il diritto della Convenzione. Più recentemente la Corte EDU si è espressa in un *follow up* al caso *Varvara* con la decisione *G.I.E.M.* Se, da un lato, la Corte EDU ha chiaramente sconfessato la distinzione fra giurisprudenza consolidata e non, rispedendo al mittente il tentativo della Consulta, dall’altro, conviene ricordare l’attenzione prestata al dato interno. Anche nella sua opinione separata il giudice Pinto de Albuquerque faceva riferimento alla 49 e alla dottrina italiana, cercando di contestualizzare la giurisprudenza nazionale:

“The placement of this sentence may look odd, but it has an explanation. The Court wanted to set a principle before entering into the discussion of the value of *Varvara* in the following paragraphs 255 to 261. The principle, regarding the ‘binding nature and interpretative authority’ of all Court’s judgments, is a direct response to Constitutional Court judgment no. 49/2015 and a message sent to all supreme and constitutional courts in Europe”¹⁷⁹.

Molti autori hanno sottolineato l’ambiguità *G.I.E.M.* dove per altro la Corte EDU sembra accettare lo schema argomentativo offerto dalla Corte costituzionale nella 49/2015, specialmente con riferimento alla confisca senza condanna¹⁸⁰. Queste considerazioni ci riconducono al ruolo del giudice nazionale nel sistema della Convenzione, in cui quest’ultimo può e deve fungere anche da pungolo critico. In questo senso, quando il

¹⁷⁵ Per ragioni di spazio sia permesso rinviare a: G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process: The Frustrating Knot of Europe*, Abingdon, 2012.

¹⁷⁶ Corte costituzionale sentenza 84/2016.

¹⁷⁷ Corte EDU, *Parrillo c. Italia*, ECtHR, n. 46470/1127 del 27 agosto 2015.

¹⁷⁸ Corte costituzionale, sentenze 24/2019 e 25/2019.

¹⁷⁹ *Ibidem*, Separate Opinion Judge Pinto de Albuquerque, nota 96.

¹⁸⁰ *G.I.E.M. S.R.L. and others v Italy*, ECtHR, n. 1828/06 del 28 giugno 2018, para 259-261. M. BIGNAMI, *Da Strasburgo via libera alla confisca urbanistica senza condanna*, in *Questione giustizia* 2018 e A. SCARCELLA, *La confisca urbanistica dopo la sentenza della Corte EDU del 28 giugno 2018 nel caso GIEM e altri c. Italia*, 2018, https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/287550/Scarcella_La+confisca+urbanistica+do+po+Corte+EDU+2018.pdf/e63cd44b-f33b-6a56-34a4-abf923182f37.

dissenso è motivato e argomentato, tali atti di disobbedienza si presentano come disaccordi interpretativi che a volte effettivamente riescono ad indurre un ripensamento nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: basti comparare le famose *Hannover I* e *Hannover II*¹⁸¹, oppure ricordare il caso *Hutchinson*¹⁸² in materia di ergastolo¹⁸³.

Si tratta quindi di responsabilizzare a pieno il ruolo dei giudici nazionali, specie delle Corti supreme e costituzionali senza garantire loro, però, la possibilità di celare posizioni retrograde e sovraniste dietro il pretesto di una dialettica di facciata.

8. Conclusioni

In chiusura di scritto conviene qui provare a “tirare le fila” dell’itinerario proposto. Con riferimento alla domanda di ricerca presentata in apertura di contributo – se, cioè, si possano riscontrare dei pericoli di una deriva antieuropeista nella giurisprudenza della nostra Corte – l’*excursus* proposto mi pare possa (per ora) escludere tale rischio. Innanzitutto, perché come evidente sia nel caso del diritto dell’UE sia nel caso della CEDU, abbiamo trattato prevalentemente di conflitti dovuti a convergenza e originati dalla concorrenza interpretativa relativa a norme equivalenti appartenenti a fonti di ordinamenti distinguibili, ma dal contenuto, oltre che dal linguaggio, di natura costituzionale. In entrambi i casi il progressivo riacquisto di centralità da parte della nostra Corte costituzionale è stato dovuto (anche) al timore di un controllo di costituzionalità diffuso mascherato da controllo di convenzionalità (nel caso delle note sentenze gemelle del 2007) o di “comunitarietà” (nel caso della

¹⁸¹ Come notato anche da A. PETERS, *The Rule of Law Effects of Dialogues between National Courts and Strasbourg: An Outline*, 2014, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2341611.

¹⁸² Corte EDU, *Hutchinson v. the UK* (n. 57592/08) del 3 febbraio 2015. La Court of Appeal, all’indomani della nota decisione *Vinter* della Corte EDU (Corte EDU, *Vinter* e altri c. Regno Unito (n. 66069/09, 130/10 e 3896/10), aveva espresso il proprio dissenso ricostruendo in maniera corretta il dato normativo interno.

¹⁸³ Ancora più chiaramente nella decisione *Hutchison* del 2017, la Corte EDU chiarì che: “In the *McLoughlin* decision the Court of Appeal responded explicitly to the *Vinter* critique. It affirmed the statutory duty of the Secretary of State to exercise the power of release compatibly with Article 3 of the Convention [...] The Court considers that the Court of Appeal has brought clarity as to the content of the relevant domestic law, resolving the discrepancy identified in the *Vinter* judgment”, Corte EDU, *Hutchinson v. the UK* (n. 57592/08) del 17 gennaio 2017.

269/2017¹⁸⁴). In questo senso, mi pare di poter confermare che, in effetti, la 269 risulta caratterizzata da una certa “sfiducia” verso il giudice comune, sfiducia in parte superata nelle altre pronunce prese in considerazione in questo scritto.

In entrambi i casi, inoltre, alle sentenze definite come “di svolta” sono seguite pronunce più concilianti, che hanno rassicurato circa la buona tenuta del rapporto fra Corti nell’ordinamento multilivello. Infine, lo sguardo alla comparazione ci ha ricordato come fenomeni analoghi si siano riscontrati anche in altri ordinamenti, in particolare in sistemi tradizionalmente cooperativi.

Vi è un elemento, però, specifico al diritto dell’UE che non si ravvisa nel caso della CEDU, ovvero l’ambiguo ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’UE, quella Carta che già il giudice Barbera, nella sua relazione, aveva definito come “traboccante”¹⁸⁵. Un’altra differenza è ovviamente quella relativa all’assenza del rinvio pregiudiziale nel sistema della CEDU, non essendo il Protocollo 16 un perfetto sostituto del meccanismo ex art. 267 TFUE. Questo, insieme all’esistenza del diritto derivato rende senza dubbio ancora oggi più penetrante l’impatto del diritto dell’UE sull’operato del giudice comune, la cui cooperazione è spesso “oggetto di contesa” come ricordava già anni fa Alter¹⁸⁶.

In generale sarebbe però, a mio avviso, incongruo definire questo *trend* come antieuropeista, perché a ben vedere nelle sentenze commentate la Corte non si è mai chiusa in un solipsismo interpretativo. Anzi, quelle che si sono descritte in questa sede mi paiono tensioni dovute (come in Austria, del resto) al perseguimento di una strategia di progressiva integrazione fra diritto europeo e diritto costituzionale nazionale, strategia non scontata, come dimostra la comparazione¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Mi pare suggerire questo parallelismo anche F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quaderni Costituzionali*, 2019, 481 ss.

¹⁸⁵ A. BARBERA, *La Carta*, cit., 3.

¹⁸⁶ K. ALTER, *Explaining*, cit.

¹⁸⁷ A. DI MARTINO, *Giurisdizione costituzionale e applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea: profili comparativi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2019, 759 ss, 768.



SAGGI

*Angioletta Sperti**

CORTE COSTITUZIONALE E OPINIONE PUBBLICA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nozione di opinione pubblica accolta ai fini della presente ricerca. – 3. Le novità dell’esperienza più recente: dalla comunicazione mediata con l’opinione pubblica a quella diretta. – 4. Le trasformazioni della comunicazione pubblica e l’assunzione di un ruolo attivo delle corti nella comunicazione pubblica. – 5. Uno sguardo ad altre corti costituzionali: la comune esigenza della ricerca di nuove e più dirette forme di comunicazione. – 6. Dal monologo al dialogo con la pubblica opinione. – 7. Le conseguenze sul piano della legittimazione. – 7.1. La Corte come interprete o selezionatrice di interessi di parte? – 7.2. La Corte alla ricerca del consenso (politico) dell’opinione pubblica? – 8. Opinione pubblica ed autorevolezza delle corti. Una breve digressione sulla relazione tra corti e cambiamenti sociali. – 9. Sugli specifici problemi posti dall’uso del comunicato stampa. – 10. Alcune considerazioni conclusive. – 11. *Post-scriptum*: l’apertura della Corte costituzionale alla società civile nella recente modifica delle norme integrative.

1. *Premessa*

Sebbene il concetto di “opinione pubblica” sia stato ampiamente esplorato in molti ambiti delle scienze sociali – dalla sociologia, alla teoria della politica, alla psicologia – ed esso compaia nella filosofia sin dal XVII secolo – la sua definizione presenta contorni alquanto incerti. Molti degli studi in materia muovono, infatti, dalla constatazione di come “ogni tentativo di dare un’unica e chiara definizione di opinione pubblica si dimostri inefficace”¹.

* Desidero rivolgere un sincero ringraziamento a Giacomo Canale, Daniele Chinni, Giacomo D’Amico, Roberto Romboli, Donatella Stasio per i loro commenti e l’aiuto fornitomi nel reperimento del materiale bibliografico.

¹ Sull’incerta definizione di opinione pubblica, si v. per tutti V. PRICE, *Public Opinion*, Newbury Park-London-New Delhi 1992 (trad. it., *L’opinione pubblica*, Bologna 2004,

Nel linguaggio comune, nei mezzi di informazione e nel quotidiano confronto politico, l'assenza di un'univoca definizione e la complessità del concetto di opinione pubblica hanno prodotto la tendenza a darne per presupposta o scontata la nozione. D'altra parte, in ambito scientifico, gli studi giuridici e, in particolare, quelli costituzionalistici hanno in passato esaminato perlopiù marginalmente i rapporti tra opinione pubblica e forma di governo e tra opinione pubblica e forma di stato, senza approfondirne i tratti significativi utili ad una sua definizione. La scienza costituzionalistica – ma anche la teoria della politica – hanno, infatti, raffigurato la relazione tra titolarità ed esercizio del potere in chiave volontaristica ed unitaristica della sovranità, lasciando così sullo sfondo tutto quanto potesse riguardare “la dimensione del giudizio e dell'opinione”² che precede o segue il momento elettorale. Nel diritto costituzionale – ma anche nella stessa giurisprudenza costituzionale³ – la riflessione sull'opinione pubblica ha pertanto finito per essere assorbita in quella sulle libertà, in particolare sulla libertà di espressione e la libertà di informazione, ma anche sulla libertà di istruzione⁴ e le altre libertà cd. “strumentali alla manifestazione del pensiero”⁵.

Tuttavia, la crescente attenzione verso le conseguenze dell'ampliarsi della “sfera pubblica”, nonché i timori connessi all'emergere di forme

11). Per un'analogia illustrazione dell'incerta nozione di opinione pubblica si v. anche C. GLINN, S. HERBST, M. LINDEMAN, G.J. O'KEEFE, R.Y. SHAPIRO, *Public Opinion*, New York 2018, 11 ss.; E. NOELLE-NEUMANN, *The Spiral of Silence. Public opinion – Our Social Skin*, Chicago 1984; J.L. YERIC, J.R. TODD, *Public Opinion. The Visible Politics*, Itasca, Il. 1996, 5 ss. Nella letteratura italiana, G. GROSSI, *L'opinione pubblica. Teoria del campo demoscopico*, Roma-Bari 2004.

² N. URBINATI, *Opinione pubblica e legittimità democratica*, in *Rass. It. di Sociologia*, 2010, n. 4, 247 ss., in part. 554. ma anche in *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità*, Milano 2014.

³ Cfr. le numerose pronunce in cui la Corte costituzionale sottolinea il valore dell'opinione pubblica in relazione con la garanzia della libertà di manifestazione del pensiero, in particolare della libertà di stampa (ord. n. 105 del 1972; sent. n. 133 del 1974; sent. n. 112 del 1993, secondo cui “i principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione... esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale”); sent. 502 del 2000; sent. n. 155 del 2002) o all'accesso al mezzo radio-televisivo (sent. n. 225 del 1974; sent. n. 148 del 1981; sent. n. 231 del 1985; sent. n. 826 del 1988; sent. n. 1030 del 1988).

⁴ Sul tema, si v. in particolare A.I. ARENA, *Sfera pubblica è democrazia (note minime su opinione pubblica e libertà di manifestazione del pensiero in politica)*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2017.

⁵ Per questa distinzione, A. PIZZORUSSO, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli 1997, 256 ss.

di opinione “populistica”, stimolano oggi un particolare interesse della dottrina costituzionalistica per le interazioni tra democrazia ed opinione pubblica, nonché per la sua stessa definizione. Inoltre, l'affacciarsi degli stessi organi di garanzia sulla scena della comunicazione pubblica quali “diretti comunicatori” ha aperto un dibattito sulle conseguenze sul piano dell'evoluzione del loro ruolo costituzionale⁶.

Si rende, quindi, necessario svolgere una premessa sul concetto di “opinione pubblica”, ricordando, in primo luogo, che il suo emergere costituisce un fenomeno essenzialmente moderno. Anche se le radici dell'opinione pubblica possono ricondursi a concetti apparentemente affini, formulati in epoche più remote – quali la *δόξα*/opinione cui i Greci contrapponevano la *ἐπιστήμη*/scienza; la *vox populi* del tardo impero romano; il *consensus* dei giuristi medioevali; la «*pubblica fama*» di Machiavelli⁷ – è solo nel pensiero liberale e democratico dei decenni

⁶ Su Corte costituzionale ed opinione pubblica si v., in particolare, G. AZZARITI, *Concezioni della democrazia e opinione pubblica: la Corte costituzionale tra conflitti plurali e unità costituzionale*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino 2005, 879 ss.; E. BETTINELLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica (in un sistema politico debole)*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino 1991, 39 ss.; D. CHINNI, *Prime considerazioni su Corte costituzionale e opinione pubblica*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Pisa 2018, 281 ss.; ID., *La comunicazione della Corte costituzionale: risvolti giuridici e legittimazione politica*, in *Dir. Soc.*, 2/2018, 255 ss.; ID., *Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web. Spunti introduttivi*, in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli 2019, 3 ss.; P. COSTANZO, *La Corte costituzionale come “nodo” della Rete*, in *Consulta Online*, 20 aprile 2015, 264 ss.; G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta: i comunicati stampa e “le voci di dentro” tra tradizione e innovazione*, in *Dir. Soc.*, 2/2018, 237 ss.; M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 90 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2019, 251 ss.; M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica*, cit., 77 ss.; L. OLIVERI, *Auctoritas vs. opinione pubblica e Corte costituzionale*, in V. TONDI DELLA MURA, M. CARDUCCI, R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 551 ss.; P. PASSAGLIA, *Qualche osservazione sulla comunicazione pubblica della Corte costituzionale*, in G. CONTI, P. MILAZZO (a cura di), *La crisi del Parlamento nelle regole della sua percezione*, Pisa 2017, 109; D. STASIO, *Il ruolo sociale del giurista impone una comunicazione più inclusiva*, in *Questione Giustizia*, 23 marzo 2018, nonché per ulteriori e più puntuali ricostruzioni sugli aspetti specifici del rapporto tra Corte costituzionale ed opinione pubblica, gli scritti che saranno citati nelle pagine successive. Nella dottrina straniera su questi temi, R. DAVIS, D. TARAS (eds.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, Cambridge 2017.

⁷ Sulle origini dell'idea di opinione pubblica, si v. M. FIORILLO, *Corte costituzionale*

che precedettero la Rivoluzione francese che i due termini “opinione” e “pubblico” vennero a fondersi in una singola locuzione, acquisendo nuovo ed autonomo significato. Sul finire del Settecento, infatti, la parola «opinione non fu più intesa come un puro e semplice atteggiamento o come un’idea che deve essere ancora verificata, né come reputazione o pregiudizio”: come Habermas ha sottolineato, l’opinione in connessione con l’attributo «pubblica» fu intesa come “il risultato illuminato della riflessione comune e pubblica sui fondamenti dell’ordine sociale”⁸ che nasce dalla discussione pubblica e si alimenta del confronto e del dibattito.

Questa definizione, calata nel contesto della prima modernità dell’Inghilterra e della Francia della fine del sec. XVIII, viene messa in crisi dalle dinamiche attuali di formazione (e manipolazione) dell’opinione pubblica. In questa relazione non mi propongo di elaborare un modello interpretativo ed un paradigma funzionale di opinione pubblica, né di fornire un quadro storico e teorico dell’evoluzione del concetto di opinione pubblica, dalle sue origini alla sua trasformazione in un’epoca di democrazia dei sondaggi e di populismo: rinviando alla dottrina filosofica, sociologica e alla teoria della politica per un’analitica ricostruzione di questi profili, mi propongo soprattutto di esaminare se, ed in quali termini, le conclusioni cui gli studi sui caratteri e le trasformazioni dell’opinione pubblica sono pervenuti, possono oggi contribuire alla comprensione del rapporto tra la Corte costituzionale e l’opinione pubblica.

La Corte costituzionale, nella propria giurisprudenza, ha guardato all’opinione pubblica (oltre che con riferimento alla garanzia della libertà di manifestazione di pensiero⁹), come indicativa delle trasformazioni sociali o per la sua funzione di controllo sull’operato delle istituzioni, in particolare, sia degli organi politici, che della stessa magistratura.

In entrambi i casi, anche ove l’opinione pubblica costituisce uno strumento che rafforza un’interpretazione adeguatrice delle disposizioni costituzionali alla luce dei mutamenti della “realtà sociale”, come nel caso delle sentenze sull’adulterio della moglie (sentt. n. 64 del 1961 e n. 126 del 1968), la Corte si è rapportata all’opinione pubblica non direttamen-

e opinione pubblica, cit., 93 ss.; G. GROSSI, *Opinione pubblica*, cit., cap. II; J. HABERMAS, *Storia e critica dell’opinione pubblica*, Roma-Bari 2005; V. PRICE, *Public Opinion*, cit., 12; G. SARTORI, *Opinione pubblica*, in *Encicl. del Novecento*, vol. IV, Istituto dell’Enciclopedia Italiana, Roma 1979, 937 ss., in part. § 1.

⁸ J. HABERMAS, *Storia e critica dell’opinione pubblica*, cit., 110.

⁹ Si v. *supra*, in nota 3.

te, ma attraverso l'apprezzamento che di essa ha operato (o dovrebbe operare¹⁰) il legislatore¹¹ o il giudice¹².

Nel complesso prevale, dunque, una lettura dell'opinione pubblica come presupposto della democrazia e della formazione della volontà generale (per tutte, si v. la sent. n. 112 del 1993) o come controllo sull'esercizio del potere, secondo quella lettura dell'opinione come "giudizio pubblico" che ha le sue radici in Rousseau¹³ e che si rivolge all'azione di tutti gli organi costituzionali¹⁴, non solo degli organi elettivi¹⁵.

¹⁰ Si v. sent. n. 278 del 1990 (in riferimento ai fenomeni di nonnismo che, destando allarme nell'opinione pubblica, richiederebbero opportuni provvedimenti di prevenzione).

¹¹ Tra i molti esempi in cui la Corte costituzionale si riferisce al modo in cui le scelte operate dal legislatore siano state influenzate dagli orientamenti dell'opinione pubblica, si v. la sent. n. 278 del 1990 (in cui si sottolinea, punto 7, cons. dir., come "il procedimento legislativo ... implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione"), sent. n. 234 del 1987 (in merito all'apprezzamento da parte del Governo dei presupposti per l'adozione del decreto-legge).

¹² Cfr. in particolare la sent. n. 69 del 1991 (in cui la Corte si riferisce all'apprezzamento che il giudice *a quo* ha svolto in merito alla deroga della pubblicità dei giudizi, tenuto della gravità del reato e dall'allarme suscitato nell'opinione pubblica); sent. n. 479 del 1989 (in relazione al reato di vilipendio).

¹³ Rousseau utilizzò, infatti, nel *Contratto sociale* l'immagine dell'opinione pubblica come "tribunale della censura". Secondo una parte della dottrina è a lui che si deve il primo utilizzo del termine "opinione pubblica" in senso moderno ed, in particolare, l'idea di un'opinione pubblica come giudizio morale collettivo che si esercita continuamente, perlopiù implicitamente, e che ha non solo funzione di integrazione sociale, ma anche di controllo. Si v. in particolare, G. GROSSI, *Opinione pubblica*, cit., cap. III; nonché ampiamente Urbinati, *Democrazia sfigurata*, cit. Per un quadro delle diverse tradizioni teoriche, M. BARISONE, *Opinioni pubbliche. Tradizioni teoriche e forme empiriche dell'opinione pubblica contemporanea*, in *Rass. It. Sociologia*, 2011, n. 4. 571 ss.

¹⁴ Sul controllo dell'opinione pubblica sull'esercizio del potere giudiziario, sentt. n. 71 del 1978; n. 17 del 1981; n. 50 del 1989; n. 69 del 1991; 373 del 1992 (in relazione, in particolare alla pubblicità del processo, quale "garanzia di imparzialità ed obiettività perché si svolge sotto il controllo dell'opinione pubblica"); ord. n. 570 del 2000 e sent. n. 263 del 2017. Copiosa è poi la giurisprudenza che riconduce l'opinione pubblica alla credibilità e alla fiducia di cui deve godere la magistratura (per tutte, sent. n. 100 del 1981), nonché alla garanzia di imparzialità e di terzietà del giudice (ord. n. 462 del 1997; ord. n. 570 del 2000 e sent. n. 432 del 2008), soprattutto nei giudizi riguardanti questioni di particolare allarme sociale (sentt. nn. 373 del 1992 e 253 del 1994).

Sul controllo dell'opinione pubblica nei confronti del Presidente della Repubblica, sent. n. 154 del 2004 (in tema di immunità dell'*ex*-Presidente della Repubblica Cossiga per le esternazioni extra-funzionali).

¹⁵ Ma si v. anche le sentt. n. 71 del 1978; 17 del 1981 (che si riferisce, al punto 1 cons. dir., al "controllo della pubblica opinione su tutte le manifestazioni della volontà popolare"); sent. n. 50 del 1989.

Se, dunque, la riflessione sull'opinione pubblica – e la lettura che ne ha fornito la stessa giurisprudenza costituzionale – hanno in larga parte riguardato il suo ruolo nel processo democratico, tenterò di chiarire in quali termini si configuri il suo rapporto con gli organi di garanzia, in particolare con la Corte, nella consapevolezza, come già ho sottolineato, che anche ai fini della mia indagine occorre misurarsi con una “una carenza di definizione approfondita e dettagliata della *public opinion*”¹⁶, con la “mancata esplicitazione della referenza sociale del fenomeno opinione pubblica, cioè [con] l'identificazione concreta di soggetti, apparati, processi e contesti che rendono effettivamente possibile, all'interno della società stessa, la sua formazione, attivazione e possibile influenza”¹⁷.

2. *La nozione di opinione pubblica accolta ai fini della presente ricerca*

Anche in considerazione dell'incertezza che, come si è ricordato, circonda la definizione di opinione pubblica, ritengo opportuno muovere da una premessa in merito ad alcuni tratti essenziali di tale nozione che saranno richiamati nel seguito dell'analisi. Mi soffermerò in particolare su quegli aspetti che sono stati più frequentemente richiamati nelle diverse ricostruzioni dottrinali sull'opinione pubblica, tentando di calarli nel contesto in esame.

In primo luogo, il termine «opinione» sta a denotare uno stato di informazione¹⁸ o uno stato di cognizione (al contrario di «*vox*» che, invece, rinvia a “un'esteriorizzazione, ad un'espressione verbale il cui retroterra resta imprecisato”¹⁹). In quanto “opinione”, l'opinione pubblica è “sempre opinabile, cambia nel tempo e da essa si può dissentire: essa esprime giudizi di valore e non di fatto che appartengono alla scienza e agli esperti”²⁰. Mentre nel contesto della Francia e dell'Inghilterra del XVII e

¹⁶ G. GROSSI, *Opinione pubblica*, cit., cap. IV, § 1.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Con il termine “informazione” mi riferirò in questo scritto al “trasferimento di unità minimali di conoscenza”, distinguendola dalla “comunicazione” che, invece, implica un tentativo di persuasione dell'interlocutore e quindi una modifica dei suoi atteggiamenti e comportamenti. In senso sostanzialmente affine la distinzione è accolta anche nella legge n. 150/2000 (“Disciplina di informazione e comunicazione delle pubbliche amministrazioni”). Sul tema, si v. P. MANCINI, *Manuale di comunicazione pubblica*, Bari-Roma 2002.

¹⁹ G. SARTORI, *Opinione pubblica*, cit. § 1.

²⁰ N. MATTEUCCI, *Opinione pubblica*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino 2016, 639.

XVIII sec. esaminato da Habermas, l'opinione pubblica appariva, dunque, l'opinione dei privati cittadini i quali, in un'ottica universalistica, in quanto "uomini", facevano uso della ragione e discutevano nei caffè o nei salotti sulle questioni di interesse generale²¹ che essi non intendevano più lasciare, senza controllo, ai politici ed al Sovrano²², oggi una parte della dottrina sociologica osserva che la sfera pubblica non sia più "il luogo del mutuo intendersi, della *veritas* e della *ratio*, ma piuttosto il terreno della retorica discorsiva, della negoziazione, del confronto identitario".²³ In realtà, lo specifico contesto di riferimento della mia analisi – il confronto tra Corte e opinione pubblica – dimostrerà come la natura razionale delle dinamiche di opinione coesiste con che quella emotiva, proiettiva, simbolica ed identitaria²⁴.

In secondo luogo, in quanto fenomeno della modernità, l'opinione pubblica presuppone una società civile separata dallo Stato, un pubblico (o più pubblici) in posizione (tendenzialmente) critica e razionale su questioni di comune interesse e di rilevanza collettiva. In particolare, com'è stato sottolineato, in quanto «pubblica», l'opinione "è del pubblico (diffusa tra i molti, o tra i più)", ma al tempo stesso "investe oggetti o materie che sono di natura pubblica: l'interesse generale, il bene comune e, in sostanza, la *res publica*"²⁵.

«Pubblico», in altri termini, è quindi soggetto ed oggetto dell'opinione pubblica²⁶. In quanto soggetto, il pubblico è diverso dalla "folla" e dalla "massa". La folla condivide, infatti, un'esperienza emotiva, mentre "il pubblico è caratterizzato dall'opposizione e dal discorso razionale"²⁷. "La folla si sviluppa in risposta ad emozioni condivise; il pubblico richiede la capacità di pensare e ragionare con gli altri"²⁸. La folla produce,

²¹ J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit., 37 ss.

²² Si v. MATTEUCCI, *Opinione pubblica*, cit., 640, il quale osserva che "con l'avvento della borghesia, con la formazione di una società civile dinamica e articolata, si forma un pubblico che non vuole lasciare, senza controllo la gestione degli interessi pubblici ai politici. L'opinione pubblica è portata così a combattere il concetto di segreto di Stato, la difesa degli *arcana imperii*, la censura, per avere il massimo di «pubblicità» degli atti del governo".

²³ Così G. GROSSI, *Opinione pubblica*, cit., richiamando tuttavia le tesi di A. PIZZORNO, *Note sulla sfera pubblica*, in A. BESUSSI, L. LEONINI (a cura di), *L'Europa tra società e politica. Integrazione europea e nuove cittadinanze*, Milano, 2001, 17-34.

²⁴ G. GROSSI, *Opinione pubblica*, cit. in part. ca IV, § 4.1.

²⁵ G. SARTORI, *Opinione pubblica*, cit., § 1.

²⁶ G. SARTORI, *Opinione pubblica*, cit., *ibidem*.

²⁷ V. PRICE, *Public Opinion*, cit., in part. 37.

²⁸ R.E. PARK, *The Crowd, the Public (and Other Essays)*, Chicago 1904 (trad. it. *La folla e il pubblico*, Roma 1996).

in altri termini, “sentimento pubblico”, non “opinione pubblica”²⁹. La “massa”, invece, secondo Blumer, è composta di individui anonimi ed è caratterizzata da scarsissima interazione o comunicazione tra di essi³⁰. Ciò che unisce una massa è, infatti, “il *focus* comune di interesse o di attenzione”³¹. “Organizzata ancor più debolmente della folla o del pubblico, i membri della massa sono incapaci di agire insieme”³². Si può, dunque, aggiungere che il pubblico presuppone l’abilità di pensare e ragionare con altri. Esso è “consapevole di sé ed interattivo”, “emerge ed è sostenuto attraverso il discorso su un tema controverso”³³; “può essere influenzato da uno stimolo emozionale condiviso, ma quando cessa di essere critico, si dissolve, o si trasforma in folla”³⁴.

Nella mia analisi non affronterò i problemi connessi alla precisa identificazione del pubblico e delle sue fasi di sviluppo³⁵. Gli studi sociologici hanno messo in evidenza che il pubblico può avere un’ampiezza variabile, crescendo dai pochi che mostrano per primi una certa sensibilità verso una determinata questione, ad un pubblico più esteso e propositivo a mano a mano che il discorso pubblico si articola e sviluppa. Per questo motivo, dovrebbe propriamente parlarsi di “pubblici” più che di un singolo pubblico. Muoverò, in particolare, dalle stesse dichiarazioni del Presidente emerito della Corte costituzionale Lattanzi o dei giudici nelle quali si esprime l’intenzione di “uscire dal Palazzo” e di instaurare una più stretta comunicazione con “il Paese reale”³⁶, con tutti coloro – cittadini e stranieri – che condividono i valori della Costituzione. Assumerò,

²⁹ C. GLINN, S. HERBST, M. LINDEMAN, G.J. O’KEEFE, R.Y. SHAPIRO, *Public Opinion*, cit., 13.

³⁰ V. PRICE, *Public Opinion*, cit., 39.

³¹ H. BLUMER, *Collective Behaviour* in A.M. LEE, *New Outlines of the Principles of Sociology*, New York 1946, 185, cita, ad esempio, “gli individui che sono eccitati da un evento nazionale, coloro che prendono parte ad un *land boom*, quelli che sono interessati alle notizie relative ad un processo per omicidio, o coloro che prendono parte ad una migrazione di massa”.

³² V. PRICE, *Public Opinion*, cit., 39.

³³ C. GLINN, S. HERBST, M. LINDEMAN, G.J. O’KEEFE, R.Y. SHAPIRO, *Public Opinion*, cit., 13.

³⁴ R.E. PARK, *The Crowd, the Public (and Other Essays)*, cit., 80.

³⁵ Sulle varie fasi collettive in cui si articola la formazione del pubblico, si v. G. GROSSI, *Opinione pubblica*, cit., § 5.1. Per un inquadramento generale del dibattito sulle molteplicità dei “pubblici” e sulle sue fasi di sviluppo a partire dal riconoscimento iniziale di una *issue*, al suo evolversi attraverso la discussione, quindi alla formazione di un consenso sulle soluzioni, si v. per tutti V. PRICE, *Public Opinion*, cit., 40 ss.

³⁶ Così il Presidente emerito Lattanzi nella sua intervista al quotidiano *La Repubblica*, *La nostra Costituzione, uno scudo per i più deboli che siano italiano o stranieri*, 31

dunque, che non solo il pubblico generale, ma anche alcuni destinatari più specifici (come gli studenti, i carcerati) costituiscano il “pubblico” della Corte.

Presupposto dell’instaurarsi dell’opinione pubblica è la sussistenza di una questione (*issue*) di interesse generale³⁷. Nella mia analisi assumerò che l’opinione pubblica non abbia ad oggetto, come scrive Sartori, una “qualsiasi opinione che si trovi a essere disseminata, individuo per individuo, tra vasti pubblici, ma solo ... quelle opinioni che assumono una qualche rilevanza politica, che ci coinvolgono non soltanto come privati, ma anche come cittadini”. Più specificamente, nel contesto in esame, mi soffermerò sul ruolo della Corte costituzionale nel contribuire alla formazione dell’opinione pubblica su questioni di rilevanza costituzionale e sul valore della Costituzione nella vita dei cittadini.

La dottrina maggioritaria sottolinea che l’opinione pubblica presuppone la maturazione di un certo grado di *consenso* tra almeno alcune delle opinioni formatesi in merito ad una questione. Il tema della formazione del consenso intorno ad un’opinione, il fatto che – in altre parole – un variegato numero di persone si riconosca collettivamente in essa, costituisce uno dei profili più complessi della ricostruzione dell’opinione pubblica³⁸. Occupandomi della Corte costituzionale tralascerò l’approfondimento di quelle posizioni che – nel contesto attuale in cui “l’evoluzione digitale consente ai movimenti populistici di poter ambire a una sorta di democrazia diretta anche sul fonte dell’informazione”³⁹ – tendono ad assimilare il consenso dell’opinione pubblica con il *consenso elettorale* e quindi ad identificare “la delega di rappresentanza in una democrazia diretta dell’opinione pubblica”⁴⁰.

Tali posizioni devono, infatti, essere lette in congiunzione con quello

gennaio 2019, 1-2. Si v. anche *Porte aperte alla Consulta: “È la casa dei diritti di tutti”*. Colloquio con M. Cartabia, in *Corriere della Sera*, 27 marzo 2019.

³⁷ H. BLUMER, *Collective Behaviour*, cit., 189; W. PHILLIPS DAVISON, *Public Opinion*, in *Encyclopedia Britannica*, 2017.

³⁸ Si v. per una ricostruzione dei dibattiti, G. GROSSI, *Opinione pubblica*, cit., in part. cap. IV; C. GLINN, S. HERBST, M. LINDEMAN, G.J. O’KEEFE, R.Y. SHAPIRO, *Public Opinion*, cit., 4 ss.

³⁹ E. SCODITTI (a cura di), *Populismo e informazione. Intervista a Maurizio Molinari*, in *Questione Giustizia*, 1/2019, 163.

⁴⁰ “La «pressione maggioritaria dell’opinione pubblica» è [...] in parte legata al fatto di interpretare i dati di sondaggio sugli orientamenti di opinione come opinione pubblica tout court, e in parte dipende invece da una errata percezione della direzione e della intensità dell’opinione pubblica stessa, specie attraverso i media” (G. GROSSI, *L’opinione pubblica*, cit., cap. IV, § 4.1). Altre ricostruzioni hanno infatti offerto una lettura dell’o-

che la dottrina definisce un “dilemma”⁴¹ dell’interpretazione dell’opinione pubblica, ossia con la contrapposizione tra una teoria che interpreta l’opinione pubblica come la somma di opinioni individuali (secondo, una tendenza molto diffusa nel dibattito politico che si serve dei sondaggi per comprendere gli “umori” dell’opinione pubblica) ed un’opposta lettura per cui l’opinione pubblica costituisce un processo che determina uno stato di accordo (o di confronto) e “soprattutto, una tendenza a costruire consenso intorno ad orientamenti, convinzioni ed azioni conseguenti (reali e potenziali) circa una determinata *issue*”⁴². Tra le due posizioni ritengo che nel contesto in esame sia da accogliersi la seconda: nel seguito del lavoro chiarirò, infatti, come le dichiarazioni del Presidente della Corte e dei suoi giudici, nonché i comunicati stampa suggeriscano che per la Corte costituzionale rilevi essenzialmente un’opinione pubblica capace di produrre non solo una certa convergenza cognitiva, ma anche un “senso comune” intorno ai valori della Costituzione.

Un ultimo aspetto messo in evidenza dalla prevalente dottrina sociologica sull’opinione pubblica è che l’opinione sulla quale è maturato un certo grado di consenso, su cui – in altri termini – il pubblico si riconosce collettivamente, deve essere tale da esercitare (direttamente o indirettamente) *influenza*.

Anche questo profilo, come i precedenti, apre scenari complessi che attengono alle dinamiche di formazione dell’opinione pubblica, al rapporto tra i suoi aspetti collettivi ed individuali⁴³ ed alla valutazione del diverso peso, intensità e forza che essa può produrre. Su questi aspetti, mi limito a premettere, ai fini della mia analisi, come uno dei principali interrogativi sull’opinione pubblica riguardi il ruolo che essa svolge nel processo democratico. Secondo una prima lettura, l’opinione pubblica costituisce un *input* del sistema politico – “attività cognitiva e simbolica, come flusso comunicativo orientato ad influire sul governo (e a controllarne l’attività)”, mentre secondo una seconda interpretazione l’opinione pubblica è *output* del sistema politico, “risultato di una strategia di in-

pinione pubblica in connessione con la cd. opinione dominante (cfr. G. ENGEL LANG, K. LANG, *The Battle for Public Opinion. The President, the Press, the Polls*, New York 1983).

⁴¹ Cfr. J. LAZAR, *L’opinion publique*, Parigi 1995, 7 (“Il sondaggio ... permette di conoscere, in modo fotografico, l’opinione degli individui su un argomento dato e in un momento preciso, mentre l’opinione pubblica è un processo sociale che si articola nel tempo»).

⁴² G. GROSSI, *Opinione pubblica*, cit., cap. IV, § 4.1.

⁴³ V. PRICE, *Public Opinion*, cit., 93 ss.

fluenza (e di manipolazione) dei governanti nei confronti dei governati”⁴⁴. Con riguardo agli organi politici, infatti, si guarda all’opinione pubblica “come ad una entità implicita e data per scontata, che agisce da referente legittimante del potere politico o da garante della volontà popolare o addirittura da giudice inappellabile”⁴⁵. Nel seguito della trattazione tenterò di comprendere se, ed in quale misura, queste diverse letture del ruolo dell’opinione pubblica nel processo democratico possano essere calate nel rapporto tra l’opinione pubblica ed un organo di garanzia quale la Corte costituzionale.

Tenterò di chiarire come, sebbene la Corte operi sia come soggetto attivo e di stimolo della comunicazione con l’opinione pubblica, sia come soggetto aperto al dialogo con l’opinione pubblica⁴⁶, molte delle critiche rivolte al suo rapporto con l’opinione pubblica nascano dall’estensione a questo contesto di quelle teorie della funzione dell’opinione pubblica elaborate con riferimento agli organi elettivi.

3. *Le novità dell’esperienza più recente: dalla comunicazione mediata con l’opinione pubblica a quella diretta*

La Corte costituzionale italiana parla innanzitutto con un’unica voce⁴⁷, attraverso le proprie pronunce.

Negli ultimi anni, tuttavia, è cresciuta la sensibilità da parte degli stessi giudici per la difficoltà di comprensione⁴⁸ delle pronunce della Corte

⁴⁴ Sull’opinione pubblica come *input* o *output* del sistema politico, G. GROSSI, *Opinione pubblica*, cit., cap. IV, § 4.1.

⁴⁵ *Ivi*, cap. IV, § 4.

⁴⁶ Sulla relazione di “mutuo scambio” che lega Corte costituzionale e opinione pubblica, si v. M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, cit., 125.

⁴⁷ Sull’unanimità della decisione, come strumento per assicurare la certezza del diritto, S. CASSESE, *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, in *Quad. Cost.*, 2009 e in *www.cortecostituzionale.it*; S. PANIZZA, *L’introduzione dell’opinione dissenziente nel sistema di giustizia costituzionale*, Torino 1998; A. DI MARTINO, *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali. Uno studio comparativo*, Napoli 2016. In una prospettiva comparatistica sul rapporto tra certezza del diritto ed unanimità della decisione nell’esperienza di *civil law* in confronto con quella di *common law*, K. KELEMEN, *Judicial Dissent in European Constitutional Courts. A Comparative and Legal Perspective*, London-New York 2018, 184 ss.

⁴⁸ Intendo qui riferirmi alla comprensione del significato come attività di interpretazione. Come osserva, infatti, R. GUASTINI, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, 7 ss., “attribuire significato è interpretare: non vi è significato senza interpretazione”, ma è evidente che in questo contesto il problema attiene non all’attribuzione

costituzionale da parte di un pubblico di non addetti ai lavori. Nelle dichiarazioni dei Presidenti in occasione della presentazione della relazione sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno appena trascorso, emerge, infatti, la consapevolezza di come il linguaggio giuridico non consenta all'opinione pubblica un'agevole comprensione delle pronunce e di come tale difficoltà sia accresciuta dal loro elevato numero⁴⁹.

Il timore che sembra cogliersi nelle dichiarazioni dei Presidenti non è quello dell'incapacità da parte della pubblica opinione di cogliere adeguatamente il significato e la portata delle singole pronunce: si teme, piuttosto, che l'opinione pubblica non riesca a percepire “il *complesso* delle attività della Corte costituzionale”⁵⁰, né a comprendere – dietro “le stesse procedure, vale a dire le regole e le prassi che orientano lo svolgersi del procedimento che porta alla decisione”, il reale “messaggio” trasmesso dalla Corte⁵¹. In altri termini, a parere della Corte, l'opinione pubblica non è stata sino ad oggi messa in grado di cogliere – attraverso la percezione della complessiva attività della Corte, il ruolo della Corte nella

di un qualsiasi significato, bensì di un significato ovvio e non controverso, facilmente comprensibile ai più.

⁴⁹ Si v. in part. la *Relazione del presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sul tema della “Comunicazione istituzionale”*, cit.

Tra le dichiarazioni dei precedenti Presidenti della Corte, si v., ad esempio, U. DE SIERVO, *Incontro con la stampa in occasione della presentazione della Relazione sulla giurisprudenza costituzionale nel 2010*, Roma, Palazzo della Consulta, 10 febbraio 2011, in part. 1 (“È vero, infatti, che la Corte parla essenzialmente tramite il testo delle proprie decisioni, ma anzitutto occorre riconoscere che il linguaggio giuridico con cui di necessità esse sono scritte non rende sempre agevole la loro esatta comprensione. Ma poi forse anche per il grande numero delle nostre decisioni, che si somma alla loro lettura non sempre agevole, troppo spesso la rappresentazione della nostra attività si riduce a poche, se non pochissime, vicende processuali ritenute evidentemente di grande interesse generale, mentre vengono quasi del tutto ignorate tante decisioni che pur sono molto importanti sul piano dei diritti individuali o collettivi o dei rapporti fra le nostre istituzioni democratiche”).

La stessa difficoltà è peraltro messa in evidenza nel libretto divulgativo dal titolo *Cos'è la Corte costituzionale*, disponibile sul sito www.cortecostituzionale.it, 32 (nel quale si sottolineano le “difficoltà di comunicazione con l'opinione pubblica, la quale non sempre viene messa in grado di comprendere a fondo, anche per l'inevitabile tecnicismo che caratterizza l'attività della Corte, il significato e la portata esatta delle sue decisioni”).

⁵⁰ U. DE SIERVO, *Incontro con la stampa*, cit., 1, cors. nostro (“Allora un rendiconto annuale può aiutare a ricordare almeno alcune sentenze particolarmente significative ed a meglio comprendere il complesso delle attività della Corte costituzionale; al tempo stesso, questo rendiconto può anche opportunamente ricollegarsi al contesto sociale ed istituzionale entro cui la Corte ha operato”).

⁵¹ Così il Presidente Grossi nella sua presentazione della Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2017, 1.

vita dei cittadini⁵² e, quindi, “il senso di ciò che si svolge nelle dinamiche pubbliche, sia sul piano personale o interpersonale nella vita dei singoli, sia su quello istituzionale”⁵³.

Come in passato dichiarò l’allora Presidente della Corte De Siervo, se si escludono “le pochissime vicende processuali ritenute evidentemente di grande interesse generale”⁵⁴, l’attività della Corte costituzionale italiana non è, infatti, nota al grande pubblico. Già nel 2002, nella presentazione della prima edizione del volumetto intitolato “*Cos’è la Corte costituzionale*”, il Presidente Ruperto scriveva come, stando ad un recente sondaggio, “la Corte sia il meno noto degli organi costituzionali”⁵⁵. Sulla stessa linea il Presidente emerito Lattanzi ha sottolineato che nel 2017 solo il 15% degli italiani conosceva la Corte costituzionale e sapeva quali erano i suoi compiti⁵⁶.

È per questa ragione che nelle sue più recenti dichiarazioni, il Presidente emerito Lattanzi ha sottolineato come “la Corte si è resa conto che per comunicare con il Paese non è sufficiente rendere note le proprie sentenze, pubblicarle nelle forme consuete e affidarle alla lettura degli esperti”⁵⁷. La Corte costituzionale, aggiunge, “ha capito che occorre trovare altre forme di comunicazione”⁵⁸, raggiungere tutte le persone e far

⁵² Si v. anche la premessa del Presidente Grossi alla 5° edizione del volumetto *Cos’è la Corte costituzionale*, cit., 5 il quale auspica che tale pubblicazione “valga a rafforzare la consapevolezza del ruolo altamente garantistico che la Corte ha svolto e svolge continuamente”; ma anche le affermazioni del giudice Amato nella sua intervista al settimanale *il Venerdì. Supplemento de La Repubblica*, dal titolo *In piedi. Esce la Corte*, 29 marzo 2019, 38 ss., in part. 40 (“Noi siamo partiti tre anni fa da una riflessione elementare: come è possibile che una istituzione come questa sia sconosciuta ai più e non parli con le persone per le quali ha lavorato fin dalle origini della sua storia?”).

⁵³ Si v. la *Relazione del Presidente P. Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2017*, 1.

⁵⁴ Si v. U. DE SIERVO, nel passaggio riportato in nota 49.

⁵⁵ *Cos’è la Corte costituzionale*, cit., 13.

⁵⁶ Si v. *Relazione del presidente della Corte costituzionale G. Lattanzi sul tema della “Comunicazione istituzionale”*, cit., 1. Si tratta tuttavia di un dato riscontrabile anche in altri ordinamenti ed, in particolare, in altre Corti costituzionali (come la Corte Suprema degli Stati Uniti) che si suppone godano di una maggiore visibilità da parte dell’opinione pubblica. Si v. *infra*, in nota 175.

Come rileva M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, cit., 126 ss., il livello di attenzione che il cittadino presta alle pronunce della Corte è frutto di molteplici fattori, sia individuali che collettivi. Anche se il livello di attenzione di cui la Corte ha goduto presso i media è sempre stato piuttosto alto, la conoscenza dell’attività della Corte dipende anche da fattori individuali come il bagaglio culturale, la militanza politica, ecc.

⁵⁷ *Relazione del Presidente G. Lattanzi nella riunione straordinaria del 21 marzo 2019*, 2.

⁵⁸ Sulla distinzione tra «comunicazione» ed «informazione», si v. *supra*, nota 18.

loro conoscere decisioni che possono anche cambiare in profondità la loro vita”⁵⁹.

È importante sottolineare che questo nuovo compito che la Corte si è assegnata soprattutto negli ultimi tre anni, è connesso all’esigenza di diffondere e rafforzare la cultura della Costituzione, “farne capire i valori, ma anche la protezione che essa rappresenta per tutti”⁶⁰. In altri termini – per richiamare ancora le parole dell’allora Presidente Lattanzi – “la Corte ha maturato la consapevolezza che deve uscire dal Palazzo, dove farsi conoscere e conoscere, deve farsi capire e deve capire anche perché farsi conoscere e farsi capire significa far conoscere e capire la Costituzione”⁶¹, “mantenere vivi nelle coscienze dei cittadini i valori della Costituzione”⁶².

A commento di queste dichiarazioni si deve osservare che si tratta di un compito che la Corte costituzionale ha *sempre* ritenuto di dover assolvere e che anche in passato gli stessi Presidenti hanno frequentemente richiamato nelle proprie dichiarazioni pubbliche e negli incontri con la stampa⁶³. Tuttavia, rispetto al passato, la “consapevolezza” dell’importanza di tale ruolo presenta alcuni elementi di novità.

In primo luogo, si tratta di un compito che la Corte costituzionale sente oggi di dover assolvere *in prima persona*, senza quindi la mediazio-

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi nella riunione straordinaria del 21 marzo 2019, cit., 1.

⁶¹ G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli che siano italiani o stranieri*, intervista al quotidiano *La Repubblica*, 31 gennaio 2019, 5.

⁶² *Ibidem*, 5.

⁶³ Si v., ad esempio, le considerazioni finali del Presidente G.M. Flick sulla giurisprudenza costituzionale del 2008, 1; F. GALLO, *La giustizia costituzionale nel 2012*, in *Foro It.*, 2013 (in cui si ricorda come “la Carta costituzionale non è soltanto un documento normativo da assumere a parametro di decisioni giudiziarie, ma rappresenta — anche e soprattutto — un grande progetto di convivenza solidale, tollerante e civile. È un fattore di integrazione permanente, che può operare con pienezza solo fuoriuscendo dalle aule giudiziarie e divenendo cultura, senso comune, massima etica. Il che può avvenire solo se la Costituzione viene interiorizzata e percepita dalle istituzioni rappresentative, dalle forze politiche e sociali, dalle autonomie e dai singoli come il patrimonio più prezioso”); F. SAJA, *La giustizia costituzionale nel 1988*, in *Foro It.*, 1989, parte V, col. 173 (in cui si sottolinea come la conferenza annuale “contribuisca a rendere viva la Costituzione nella coscienza dei cittadini e a indicare con esattezza il ruolo della Corte nel nostro ordinamento”); A. LA PERGOLA, *La giustizia costituzionale nel 1986*, in *Foro It.*, 1987, parte V, col. 149 (che ricorda il compito del giudice di “spiegare a tutti i precetti della Costituzione e la propria opinione e il dover comunicare con la pubblica coscienza”); L. AMADEI, *Discorso in occasione del venticinquennale della Corte Costituzionale*, (“Oggi se la Costituzione è il vero sostegno della piramide kelseniana, se le sue norme costituiscono un messaggio vivente nella coscienza dei cittadini, non poco merito di questo va all’attività della Corte”).

ne degli organi di stampa: mentre in passato la tradizionale conferenza di presentazione della relazione sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno appena trascorso costituiva "l'unico momento di contatto ufficiale del Presidente della Corte con i rappresentanti del mondo dell'informazione"⁶⁴ e, quindi, "l'occasione per "rendere conto alla pubblica opinione ... tramite ... [gli] operatori dell'informazione" dell'attività della Corte nell'anno appena trascorso,⁶⁵ ora la Corte avverte l'esigenza di informare direttamente l'opinione pubblica delle proprie attività, di comunicare "un racconto della Costituzione"⁶⁶.

Il rapporto diretto con l'opinione comporta, in secondo luogo, la ricerca di *nuove forme di comunicazione* che consentano di raggiungere "tutte le persone"⁶⁷, nelle diverse realtà del Paese: in aggiunta alle conferenze stampa annuali ed alle altre tradizionali occasioni di dialogo con l'opinione pubblica e con un pubblico specializzato a tutti note,⁶⁸ la Corte costituzionale ha, quindi, avviato un'iniziativa "assolutamente inedita e che non ha precedenti non solo nella storia della nostra Repubblica ma neppure nel mondo"⁶⁹.

Si tratta del cd. "viaggio in Italia" che si è venuto articolando in due percorsi: il primo, è stato il "viaggio nelle carceri" che ha visto i giudici della Corte recarsi presso sette istituti penitenziari italiani. Il viaggio è iniziato nel carcere romano di Rebibbia ed è stato trasmesso in diretta streaming al fine di consentire ad altri 11mila detenuti di altre carceri d'Italia, di seguire un incontro che lo stesso ufficio stampa della Cor-

⁶⁴ A. QUARANTA, *Incontro con la stampa in occasione della presentazione della relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2011*, Roma, Palazzo della Consulta, 23 febbraio 2012, 1. Sul potere di esternazione del Presidente della Corte costituzionale, ed in particolare sulle relazioni annuali, si v. M. BUQUICCHIO, *Contributo allo studio delle esternazioni del Presidente della Corte costituzionale*, Bari 2000, in part. 84 ss.

⁶⁵ U. DE SIERVO, *Incontro con la stampa*, cit., 1.

⁶⁶ *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi nella riunione straordinaria del 21 marzo 2019*, cit., 1.

⁶⁷ *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi nella riunione straordinaria del 21 marzo 2019*, cit., 2.

⁶⁸ Queste modalità di comunicazione si aggiungono a quelle altre già avviate in passato e dirette sia ad un pubblico specializzato (come i convegni ed i seminari presso la Corte, gli incontri di studi con i magistrati in collaborazione con la Scuola della magistratura ed i consigli di presidenza delle magistrature speciali), che ad un pubblico generico (come le visite organizzate presso il Palazzo e alla possibilità per gli studenti di assistere alle udienze).

⁶⁹ L'informazione circa la presentazione del film e del discorso che in questa occasione ha reso il Presidente emerito Lattanzi è stata diffusa dalla Corte costituzionale attraverso il proprio sito (<https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/vic/vic-auditorium.do>).

te. Da questa esperienza è nato un docu-film, diretto dal regista Fabio Cavalli, dal titolo “*Viaggio in Italia: la Corte costituzionale nelle carceri*” che è stato di recente proiettato in anteprima a Roma, presso l’Auditorium Parco della Musica, in seguito trasmesso dal servizio radiotelevisivo nazionale e presentato alla Biennale del Cinema di Venezia. Il viaggio è stato descritto dalla Corte come “un’importante occasione di scambio reciproco”⁷⁰ ed è stato accompagnato da dichiarazioni ed interviste dei giudici della Corte pubblicati su molte delle principali testate giornalistiche italiane o trasmessi dai canali radio e televisivi della emittente pubblica nazionale⁷¹.

Al viaggio nelle carceri si è affiancato dal 2018 “il viaggio nelle scuole”, un percorso articolato in 36 incontri con istituti scolastici di tutto il Paese e che ha consentito ai giudici della Corte di incontrare oltre 7.000 studenti. Anche questo viaggio è stato accompagnato da una narrazione mediatica attenta e diffusa su tutto il territorio, soprattutto a livello locale⁷², ed è stato documentato, tappa dopo tappa, sul sito della Corte costituzionale, con gallerie fotografiche e brevi narrazioni dei giudici al termine di ogni tappa “per sintetizzare il senso” dell’iniziativa. I video integrali degli incontri sono inoltre accessibili sul sito attraverso il canale *You Tube* della Corte.

Un’ulteriore modalità “per comunicare con il Paese, per conoscere e farsi conoscere”⁷³, è stata la mostra fotografica intitolata “il volto della Corte”, “un’inedita narrazione della Corte costituzionale – come si legge nel comunicato stampa di presentazione – attraverso 60 fotografie delle donne e degli uomini che lavorano nel Palazzo della Consulta insieme ai giudici costituzionali”⁷⁴. Spirito dell’iniziativa – come dichiarato dall’allora vice-Presidente Marta Cartabia, in occasione della presentazione alla stampa – è stato quello di valorizzare il volto “umano” della Corte, la sua “vicinanza alle persone” e di presentare la Costituzione come la “casa

⁷⁰ Si v. la giù più volte richiamata intervista del Presidente emerito Lattanzi al quotidiano la Repubblica, *La nostra costituzione è uno scudo*, in part. 5.

⁷¹ Una rassegna stampa è contenuta sul sito della Corte costituzionale, nella pagina di presentazione dell’iniziativa (<https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/vic/vic-auditorium.do>).

⁷² La rassegna stampa completa delle interviste e degli articoli è anch’essa disponibile sul sito della Corte costituzionale, all’indirizzo <https://www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/viaggioItalia/viaggio-in-italia-resoconto.do>.

⁷³ Comunicato stampa del 13 marzo 2019.

⁷⁴ Comunicato stampa del 13 marzo 2019.

degli italiani”⁷⁵, una “casa in cui ci si sente al sicuro, tra persone care, ci si riposa”⁷⁶.

Queste “inedite”⁷⁷ iniziative della Corte costituzionale si sono accompagnate al potenziamento della comunicazione, in particolare attraverso lo strumento del comunicato stampa. Sulle questioni più specifiche poste dall’uso del comunicato stampa tornerò nel seguito di questa relazione, ma rileva sin da ora sottolineare come, rispetto al passato⁷⁸, il comunicato sia divenuto lo strumento con cui la Corte si rivolge quotidianamente non solo ad un pubblico scelto, quello dei giuristi, ma con cui al tempo stesso si sforza di “rendere [le decisioni] più facilmente comprensibili da tutti”⁷⁹.

Anche il sito *web* è stato oggetto in tempi recenti di una profonda rivisitazione: dalla sua inaugurazione nel 2000, nei suoi primi quindici anni di operatività il portale della Corte costituzionale è “assurto a nodo della Rete”⁸⁰ e ad “asse portante della comunicazione della Corte”⁸¹. Tuttavia, mentre sino al 2015, com’è stato osservato, esso “sembra[va] concedere assai poco a seduzioni grafiche”, apparendo rivolto essenzialmente ad un pubblico selezionato di giuristi e studiosi della giustizia costituzionale, dal 2016 è stato ampiamente arricchito nei contenuti e nella veste grafica. Oggi il sito, più ricco di contenuti ed immagini, svolge – com’è stato osservato⁸² – una duplice funzione, divulgativa e di informazione più tecnica. È soprattutto la pagina iniziale ad offrire al lettore non giurista uno sguardo a tutto tondo sul mondo della Corte: da essa si accede alle informazioni sulla sua storia, alle raccolte fotografiche, ai contenuti video e grafici relativi al “viaggio in Italia”, ai comunicati stampa, alla ras-

⁷⁵ M. CARTABIA, *Porte aperte alla Consulta*, intervista al *Corriere della Sera*, 27 marzo 2019.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ L’aggettivo è dello stesso Presidente emerito G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli*, cit., 5.

⁷⁸ Cfr. P. COSTANZO, *La Corte costituzionale come “nodo” della Rete*, cit., in part. 278 (il quale in relazione all’uso del comunicato, osserva che rispetto ad altre corti costituzionali “da noi, si è ancora, purtroppo, in presenza di una prassi episodica, eterogenea nei suoi contenuti e mirata ai soli organi d’informazione – che abbiano voglia di interessarsene – e non invece, in principio, a tutto il corpo sociale”).

⁷⁹ G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli*, cit., 5.

⁸⁰ P. COSTANZO, *La Corte costituzionale nodo della Rete*, cit., 276.

⁸¹ P. PASSAGLIA, *Qualche osservazione sulla comunicazione pubblica della Corte costituzionale*, cit., 109.

⁸² Sul tema, D. CHINNI, *Prime considerazioni su Corte costituzionale e opinione pubblica*, cit., in part. 284 ss.

segna stampa ed, infine, alle interviste ai giudici della Corte in occasione di eventi di recente attualità. Rispetto al passato, il sito appare dunque rivolto, nella sua pagina iniziale, ad un pubblico vasto dei cittadini e del mondo dell'informazione, mentre allo studioso sono riservati contenuti più specialistici – anch'essi arricchiti rispetto al passato⁸³ – attraverso le sezioni dedicate ai “lavori” ed alla “giurisprudenza”.

In terzo luogo, rispetto al passato, sono infine mutati i *destinatari* della comunicazione della Corte costituzionale: come si sottolineava, la Corte ritiene di non dover parlare più solo ad un “pubblico generale”⁸⁴ ed indifferenziato identificabile con tutti i cittadini e gli stranieri che vivono nel nostro Paese che si riconoscono nei principi della nostra Carta costituzionale, ma di dover instaurare un dialogo anche con “pubblici” più mirati, considerati espressione del “Paese reale”⁸⁵. Nel 2019 – in occasione delle celebrazioni per il settantesimo anniversario dell'entrata in vigore della Costituzione – la Corte ha in particolare individuato nei giovani delle scuole e nei detenuti i destinatari della propria comunicazione: i primi perché – come ha chiarito lo stesso Presidente emerito Lattanzi – è compito delle nuove generazioni “custodire e conservare” la Costituzione; i secondi perché le hanno consentito di trasmettere il messaggio secondo cui “la Costituzione è di tutti ed è per tutti, pure per chi è detenuto, con i doveri e le relative responsabilità, ma anche con i diritti e le relative tutele”⁸⁶.

4. *Le trasformazioni della comunicazione pubblica e l'assunzione di un ruolo attivo delle corti nella comunicazione pubblica*

Per poter valutare le conseguenze della mutata relazione con l'opinione pubblica degli ultimi anni occorre, in primo luogo, a mio giudizio, tentare di indagarne le *cause*: solo, infatti, in relazione ad esse si potrà effettivamente analizzarne gli effetti che il nuovo ruolo della Corte costituzionale nella comunicazione pubblica determina sul piano della legittimazione della Corte e del suo ruolo complessivo nella forma di governo. Inoltre, le singole trasformazioni della comunicazione devono essere ana-

⁸³ Per una proposta in tal senso, si v. le proposte avanzate in passato da P. COSTANZO, *La Corte costituzionale nodo della Rete*, cit.

⁸⁴ Secondo la definizione di G. GROSSI, *L'opinione pubblica*, cit., § 4.2.

⁸⁵ G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli*, cit., 5.

⁸⁶ *Ivi*, 1.

lizzate *separatamente* poiché – come tenterò di dimostrare nelle pagine successive – diverse sono le ragioni che le hanno prodotte.

Guardando, dunque, dapprima alle cause del passaggio da un confronto mediato ad uno diretto con la pubblica opinione, è utile ricordare che gli studiosi della comunicazione pubblica identificano quattro grandi rivoluzioni dell'informazione⁸⁷: le due prime rivoluzioni si sono succedute nell'Ottocento a distanza di pochi decenni l'una dall'altra e sono state connesse dapprima alla diffusione del servizio postale (1820-30) e, successivamente, della stampa quotidiana (1880-1910). In seguito, una terza rivoluzione – a partire dagli anni Cinquanta sino agli anni Settanta del secolo scorso – è stata determinata dalla diffusione della televisione che ha dato grande impulso alla comunicazione politica, consentendo agli esponenti politici di raggiungere una *audience* molto vasta su scala nazionale.

Nel nostro Paese questa fase ha avuto il suo culmine negli anni Settanta ed ha comportato l'ingresso sulla scena della comunicazione politica dell'altro organo di garanzia, il Presidente della Repubblica⁸⁸. È significativa a questo riguardo l'adozione della legge 14 aprile 1975, n. 103 ("Nuove norme in materia di diffusione radiofonica e televisiva") che consentì alle istituzioni di raggiungere una *audience* su scala nazionale prevedendo, all'art. 22, l'obbligo per la concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo di «trasmettere i comunicati e le dichiarazioni ufficiali del Presidente della Repubblica⁸⁹, dei Presidenti del Senato del-

⁸⁷ Sulle "rivoluzioni" che si sono succedute nel mondo dell'informazione sin dal 1820 (in particolare, con riferimento agli Stati Uniti, grazie alla diffusione su scala nazionale dei giornali ed alla creazione di un sistema postale a livello federale), si v. B. BIMBER, *How Information Shapes Political Institutions*, in D.A. GRABER (a cura di), *Media Power in Politics*, Washington 2007, 8 ss.

⁸⁸ Ho analizzato i riflessi della "mediatizzazione" della figura del Capo dello Stato (e le conseguenze in particolare sul suo ruolo e sulla sua responsabilità) in *La responsabilità del Presidente della Repubblica*, Torino 2010, 63 ss. cui sia consentito di rinviare. Sul tema della comunicazione del Quirinale, si v. D. CHINNI, *Sulle esternazioni del Presidente della Repubblica al tempo dei new media. Spunti a partire dalla prassi del Presidente Napolitano*, in *Giur. Cost.*, 2010, 1921; ID., *Prassi costituzionali e utilizzo dei siti internet istituzionali nell'avvicendamento al Quirinale. Dalle dimissioni del Presidente Napolitano al giuramento del Presidente Mattarella*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 2015, nonché da ultimo P. FARAGUNA, *Il Presidente della Repubblica. Un'istituzione pesante alle prese con la leggerezza del web*, in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica*, cit., 59 ss.

⁸⁹ In questo modo il legislatore riconosceva implicitamente le esternazioni c.d. funzionali, ossia le dichiarazioni rese dal Presidente in connessione evidente con la titolarità e l'esercizio di altri poteri presidenziali. Sul tema, per tutti, C. GRISOLIA, *Preliminari sul potere di esternazione e di messaggio del Presidente della Repubblica. Le ricostruzioni della*

la Repubblica e della Camera dei deputati, del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Presidente della Corte costituzionale, su richiesta degli organi medesimi, facendo precedere e seguire alle trasmissioni l'esplicita menzione della provenienza dei comunicati e delle dichiarazioni”.

I Presidenti della Repubblica – prima Leone e poi Pertini – si avvalsero da subito delle potenzialità della televisione rispetto ai media più tradizionali come la radio e la stampa quotidiana⁹⁰. Diversamente, invece, la Corte costituzionale era rimasta estranea alle nuove potenzialità offerte dalla comunicazione istituzionale. Come si è in precedenza ricordato, sino a pochi anni or sono, il Presidente della Corte riconosceva “l'unico momento di contatto ufficiale ... con i rappresentanti del mondo dell'informazione”⁹¹ nell'annuale conferenza stampa di presentazione della attività della Corte nell'anno appena trascorso.

La «mediatizzazione» della Corte costituzionale costituisce, dunque, il momento finale di un lungo processo di trasformazione del rapporto tra media e istituzioni che ha interessato dapprima gli organi elettivi, quali “naturali” ed immediati fruitori della comunicazione politica e istituzionale e, solo successivamente, gli organi di garanzia. Come è stato osservato, “l'innovazione tecnologica sembra proporre ... un nuovo modello di società civile” o, meglio, “un modello vecchio con strutture interattive nuove” tra cittadini ed istituzioni⁹².

dottrina precedenti alla prassi di Sandro Pertini, in *Quad. Cost.*, 1985, V, 61 ss.; Id., *Potere di messaggio ed esternazioni presidenziali*, Milano 1986; M. Dogliani, *Il «potere di esternazione» del Presidente della Repubblica*, in M. LUCIANI E M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna 1997, 221.

⁹⁰ Fu, infatti, in forza della possibilità offerta dalla nuova legge che il Presidente Leone comunicò tramite il servizio televisivo alla Nazione le sue dimissioni. Sul rapporto del Presidente Pertini con i *media* e la pubblica opinione, si v., invece, P. BARILE, *La prassi di Pertini*, in *Quad. Cost.*, 1981, 365 ss., in part. 373; G. D'ORAZIO, *Sul «nuovo corso» delle esternazioni presidenziali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1983, 448; M.C. GRISOLIA, *Potere di messaggio ed esternazioni presidenziali*, cit., 146 ss.; G. LONG, *Presidenza Pertini, opinione pubblica, stampa*, in *Studi Parl. Pol. Cost.*, 1981, 141 ss. i quali sottolinearono il forte impatto mediatico del messaggio alla Nazione del Presidente Pertini dalle due reti televisive nazionali nel quale si rivolgeva un pesante atto di accusa alle istituzioni per le inefficienze ed i ritardi nei soccorsi dopo il terremoto del 23 novembre 1980.

⁹¹ Presidente A. QUARANTA, *Incontro con la stampa in occasione della presentazione della relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2011*, Roma, Palazzo della Consulta, 23 febbraio 2012, 1.

⁹² P. MANCINI, *Manuale di comunicazione pubblica*, cit., § (il quale peraltro osserva come i cambiamenti della sfera della comunicazione pubblica determinano il riproporsi, in nuove forme, del modello di opinione pubblica che secondo J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit., si affermò in Europa dopo la Rivoluzione francese, in quanto “oggi è forse data la possibilità di ricreare circoli di discussione costruiti sul

A questo riguardo è interessante osservare come il linguaggio che caratterizza il nuovo rapporto della Corte costituzionale con l'opinione pubblica presenti molti aspetti in comune con quello che dagli anni Settanta ha caratterizzato l'avvio di una nuova fase della comunicazione del Quirinale: sia il Capo dello Stato che la Corte costituzionale sottolineano il tentativo di ricercare, infatti, un filo diretto con la gente comune (il "Presidente degli italiani", il Quirinale "casa degli Italiani"⁹³, così come la Consulta descritta come una "casa che custodisce i diritti delle persone", "non un castello murato ma un palazzo con porte e finestre aperte verso la società civile"⁹⁴) ed entrambi utilizzano un lessico immediatamente comprensibile ai cittadini, anticonvenzionale, ricco di spunti emotivi e di richiami patriottici e ai valori comuni espressi nella Costituzione.

A mio parere, il tentativo delle Corti (ma, come chiarirò, anche di altre corti costituzionali) di avviare un nuovo dialogo con i cittadini non può essere ricondotto alla ricerca di una legittimazione presso l'opinione pubblica⁹⁵: sebbene – come chiarirò in seguito – anche per la Corte costituzionale non possano negarsi ricadute della comunicazione istituzionale in termini di legittimazione, il desiderio di rafforzare quest'ultima non costituisce la spiegazione della trasformazione della recente "mediatizzazione" delle corti costituzionali.

Gli organi di garanzia sono stati, infatti, toccati per ultimi da quelle stesse trasformazioni della sfera pubblica che hanno riguardato tutti i campi della comunicazione pubblica, da quella istituzionale a quella sociale ed a quella politica⁹⁶. È noto, infatti, come Internet abbia reso "superfluo l'intervento di tutti quei soggetti, primi tra tutti i giornalisti, che fino ad adesso svolgevano un ruolo fondamentale di intermediazione"⁹⁷. Ai cittadini è, infatti, oggi possibile "accedere direttamente alle informazioni che le diverse articolazioni dello Stato mettono in rete avviando così anche i primi, iniziali passi nella direzione di una partecipazione diretta

contributo critico e razionale di ogni cittadino messo in grado di poter accedere, in misura sempre maggiore, ad una grande quantità di dati ed informazioni sugli argomenti di interesse generale".

⁹³ Si v. per la Presidenza Pertini, G. MAMMARELLA, G. CACACE, *Il Quirinale. Storia politica ed istituzionale da De Nicola a Napolitano*, Bari-Roma 2011, 175 ss.

⁹⁴ E. GULLÈ, *Grossi in cattedra all'educandato*, in *La Nazione*, 18 gennaio 2018, 15.

⁹⁵ In questo senso, ad esempio, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., in part. 275 (che osserva come "comunicare serve per legittimare").

⁹⁶ P. MANCINI, *Manuale di comunicazione politica*, cit., cap. 3, § 4.

⁹⁷ P. MANCINI, *Manuale di comunicazione politica*, cit., cap. 4, § 3.

alla vita della comunità”⁹⁸. Per questo motivo, tutte le istituzioni – *in primis* gli organi elettivi – hanno avvertito la necessità di contrapporre alla comunicazione in passato pressoché esclusivamente “etero-prodotta” dai media, una comunicazione “autoprodotta” attraverso cui veicolare *direttamente* il proprio messaggio ed avere un controllo migliore e più completo dei contenuti dell’informazione.

Ma mentre nel caso del Presidente della Repubblica questi sviluppi si sono realizzati, come si è detto, in un momento precedente per il contesto politico che, ad esempio, durante la Presidenza Pertini stimolò un “nuovo corso delle esternazioni presidenziali”, nonché per la stessa personalità del titolare della carica, nel caso della Corte costituzionale – organo collegiale e di garanzia – essi appaiono, in primo luogo, la necessaria risposta ad un processo di trasformazione della sfera pubblica e della comunicazione.

5. *Uno sguardo ad altre corti costituzionali: la comune esigenza della ricerca di nuove e più dirette forme di comunicazione*

L’esperienza di altri ordinamenti ci offre un quadro più completo delle ulteriori ragioni alla base della trasformazione del rapporto tra corti costituzionali (o supreme) ed opinione pubblica.

Anche se recenti studi hanno dimostrato che l’informazione giornalistica resta sempre la principale fonte di informazione dei cittadini sull’attività delle istituzioni pubbliche e che la stessa comunicazione autoprodotta finisce per alimentare la comunicazione etero-prodotta – diventando essa stessa oggetto di copertura giornalistica⁹⁹ –, oggi le corti, in particolare quelle supreme, avvertono l’esigenza di parlare *per prime*. Radmila Dragičević-Dičić, giudice della Corte Suprema di Cassazione della Repubblica serba, nel suo discorso di apertura dell’anno giudiziario 2018 della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, ha spiegato che “la regola principale di una buona strategia di comunicazione deve essere quella per cui la comunicazione delle corti con il pubblico deve essere sempre proattiva (*proactive*). Se le corti non raccontano la propria storia, lo farà qualcun altro. La storia che esce per prima modella il messaggio, mentre la seconda sarà sempre reattiva. Le corti devono lavorare con la stampa o essa lavorerà senza le corti”¹⁰⁰.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ P. MANCINI, *Manuale di comunicazione politica*, cit., cap. 4, § 3.

¹⁰⁰ R. DRAGIČEVIĆ-DIČIĆ, *The Authority of the Judiciary. Communication strategies*,

Sulla stessa linea, Beverly McLaughlin, Presidente della Corte Suprema canadese, ha descritto il rapporto con i media come un “reciproco, anche se talvolta scomodo abbraccio”¹⁰¹. Le corti costituzionali ed i media – ha aggiunto – “hanno bisogno gli uni degli altri”; le prime devono “promuovere il dialogo” con i secondi al fine di assicurare che “l’informazione sia accurata, tempestiva e opportunamente completa nella sostanza e nella forma”. Di conseguenza, “se l’informazione reinventa sé stessa, così anche la consapevolezza da parte del giudice delle modalità di relazione con i media deve evolversi”¹⁰².

Si può, quindi, constatare l’emergere di una tendenza comune alle Corti costituzionali nell’assumere un ruolo proattivo nella comunicazione. Com’è stato, infatti, osservato “è forte la suggestione che influenze globali abbiano modellato il rapporto tra giudici [delle corti supreme] e giornalisti. La crescente apertura delle corti supreme, il ricorso a professionisti della comunicazione e ad uffici per i rapporti con i giornalisti, nonché l’adozione di nuove tecnologie basate sulla rete, possono essere viste come parte di una tendenza che sembra diffondersi ovunque”¹⁰³. Per questo motivo, pur in contesti mediatici molto diversi fra loro, ci sono notevoli somiglianze “nei metodi e nelle strategie delle corti supreme per comunicare con giornalisti e pubblico”¹⁰⁴.

L’attenzione del pubblico per le decisioni delle corti costituzionali – in particolare su questioni che riguardano gli equilibri tra i poteri o temi eticamente o socialmente controversi – è in generale molto alta. Di conseguenza, pur nelle differenze tra le singole esperienze di giustizia costituzionale, è da sempre¹⁰⁵ diffusa la preoccupazione delle Corti di un travisamento o

26 gennaio 2018, discorso di apertura dell’anno giudiziario della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, in https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20180126_Dragicevic-Dicic_JY_ENG.pdf.

¹⁰¹ B. McLACHLIN, *The Relationship between the Courts and the Media, Remarks of the Right Honourable Beverley McLachlin, PC, Chief Justice of Canada*, Carleton University, Ottawa, Ontario, January 31, 2012, disponibile sul sito della Corte Suprema del Canada (www.scc-csc.gc.ca/court-cour/judges-juges/spe-dis/bm-2012-01-31-eng.aspx).

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ D. TARAS, *Judges and Journalists and the Spaces in Between*, in R. DAVIS, D. TARAS (eds.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, cit., 5.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ Il Presidente De Nicola, nella sua *Allocuzione* in occasione della udienza inaugurale del 23 aprile 1956 rifiutava di fare qualsiasi accenno “alle gravi questioni di ordine generale e di ordine speciale” che la Corte avrebbe a breve discusso, sottolineando che “anche qualche parola, benché controllata, di una semplice scheletrica enunciazione potrebbe dare luogo a erronee interpretazioni e a fallaci anticipati commenti”.

di una errata comunicazione del contenuto delle decisioni¹⁰⁶ o dal ricorso a titoli sensazionalistici che pongano in secondo piano le considerazioni in fatto e in diritto. Ad accrescere tale rischio c'è oggi l'estrema rapidità e ampiezza di diffusione delle informazioni: è noto come, dopo pochi minuti dal loro annuncio, informazioni sulle decisioni sono reperibili *online* e nelle banche dati giuridiche¹⁰⁷. Uno studio sulla Corte Suprema inglese, ad esempio, ha rilevato come i giornalisti tendano a fornire un'immagine falsata dell'attività della giurisprudenza della Corte, prediligendo le notizie attinenti al tema dei diritti umani o ad altre questioni di diritto costituzionale, mentre l'ambito più consistente delle decisioni, relativo al diritto civile e commerciale, resta invece *unreported*¹⁰⁸.

Gli studi sull'opinione pubblica, com'è noto, hanno poi messo in evidenza come “i media sono qualcosa di più di un semplice supporto per il dibattito pubblico”¹⁰⁹. Essi svolgono, infatti, un ruolo attivo, al pari di cittadini e attori politici in quanto capaci di produrre opinione, di partecipare alla interazione pubblica. Di conseguenza, è stato osservato, “la loro capacità di «fare opinione», di favorire orientamenti e punti di vista, di fornire «chiavi interpretative» dei problemi in agenda, diventa una variabile strutturale dell'interazione comunicativa e dell'intermediazione cognitiva”¹¹⁰.

Ad oggi gli studi sulla comunicazione istituzionale delle Corti e l'informazione sulle loro pronunce sono ancora scarni, ma c'è una significativa letteratura che ha esaminato le modalità di rappresentazione della

¹⁰⁶ Si v. D. TARAS, *Judges and Journalists and the Spaces in Between*, cit., 9-10 (“*High Court judges in most countries seem to share many of the same fears in dealing with journalists. They worry that their judgments, which are often the product of weeks and sometimes months of writing and rewriting and are based on a complex series of precedents and highly refined legal arguments, will be misunderstood and/or sensationalized by reporters who have little or no legal training. They look on aghast as journalists sometimes get the facts wrong, pick winners and losers without understanding the judgment, and criticize judges who are unable and/or unwilling to respond to attack*”).

¹⁰⁷ L.J. MORAN, *Judicial Institutional Change and Court Communication Innovations. The Case of the UK Supreme Court*, in R. DAVIS, D. TARAS (eds.), *Justices and Journalists*, cit., in part. 261-2. Con riguardo all'esperienza italiana una riflessione sulle caratteristiche attuali della comunicazione “comunicazione vive sempre di più dell'istante e rinuncia alla riflessione e all'argomentazione” è stata svolta da D. STASIO, *Il ruolo sociale del giurista impone una comunicazione più inclusiva*, cit.

¹⁰⁸ L.J. MORAN, *Judicial Institutional Change*, p. 261-2, ad esempio, cita il caso della sentenza *Birmingham City Council v. Abdulla and others* della Corte Suprema inglese del 2012, riguardo alla quale un report era disponibile sul sito di un quotidiano e sulla banca dati *Lexis Nexis* un minuto dopo il suo annuncio.

¹⁰⁹ V. PRICE, cit., 82.

¹¹⁰ G. GROSSI, *L'opinione pubblica*, cit., § 4.2.3.

magistratura e della giurisprudenza ordinaria (soprattutto quella penale) da parte della stampa, evidenziandone il “potenziale distortivo e distruttivo dei fatti”¹¹¹, nonché l’assunzione di precise scelte (“*news values*”) nella selezione dei casi e nella “trasformazione delle sentenze in notizie”¹¹². Con riferimento alla Corte Suprema inglese, ad esempio, Moran mette in evidenza come i media tendano a “drammatizzare” le pronunce e Cornes, in un altro studio condotto su un campione di sentenze della stessa Corte, osserva come la narrazione dei contenuti sia spesso “pilota-ta” dai media (“*narrative hijacked*”).¹¹³

Infine, occorre sottolineare che diffusa è la tendenza dei media a sintetizzare l’esito delle pronunce in termini di “vincitori” e “vinti”. Si tratta di un dato comune alle varie esperienze che, nella nostra esperienza più recente, trova esemplare conferma nelle modalità con cui la stampa ha sintetizzato l’esito del cd. caso Cappato¹¹⁴.

A fronte di questi aspetti distortivi della comunicazione si comprende, dunque, l’emergere della diffusa tendenza delle Corti costituzionali ad assumere un ruolo “proattivo” nella loro relazione con i media e l’opinione pubblica. Per le corti costituzionali si tratta, in altri termini, di ripensare il proprio ruolo ponendosi come “fonti di informazione”, al fine di rendere fruibile ai cittadini un’informazione che sia il più possibile veritiera ed accurata. Ed è per questo motivo che, al pari della nostra

¹¹¹ D. STASIO, *Il ruolo sociale del giurista*, cit. Sui rischi di distorsione dei contenuti delle pronunce da parte del giornalista si era già espresso in passato A. BALDASSARRE, *Prove di riforma del funzionamento e dell’organizzazione della Corte costituzionale: la mia esperienza*, in P. COSTANZO, (a cura di), *L’organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino 1996, 17 ss. in part. 24.

¹¹² Si v. L. MORAN, “Mass-Mediated ‘Open Justice’: Court and Judicial Reports in the Press in England and Wales”, in *Legal Studies*, 2014, 34, 143 ss. la quale richiama uno studio di S. CHIBNALL, *Law and Order News: An Analysis of Crime Reporting in the British Press*, London 1997. Si v., inoltre, Y. JEWKES, *Media and Crime*, London 2011 e, negli Stati Uniti, F.D. GILLIAN, S. IYENGAR, *News Coverage Effects on Public Opinion about Crime*, in D.A. GRABER, *Media Power in Politics*, cit., 127 ss. Con riferimento all’esperienza italiana, G. GIOSTRA, *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in *Rivista di diritto dei media*, n. 3, 2018, ed in *astrid-online.it*; E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano 2016.

¹¹³ R. CORNES, *A Constitutional Disaster in the Making? The Communications Challenge Facing the United Kingdom’s Supreme Court*, *Public Law*, 2013, 266 ss.

¹¹⁴ Un’analisi dei comunicati stampa e delle notizie diffuse *online* evidenzia, infatti, come la notizia sia stata riportata come una “vittoria di DJ Fabo e della disobbedienza civile” contro il mondo politico che “girava la testa dall’altra parte” (come un’affermazione dello stesso Cappato un *tweet* diffuso subito dopo la notizia della decisione della Corte costituzionale).

Corte costituzionale, anche le corti costituzionali di altri paesi hanno negli ultimi anni potenziato la propria comunicazione con l'opinione pubblica ed i media.

La Corte Suprema inglese, ad esempio, diffonde dei *media alerts* con il fine di richiamare l'attenzione su giudizi pendenti su questioni di "grande interesse pubblico". L'annuncio delle decisioni è spesso accompagnato da un *press summary*¹¹⁵ con lo scopo di "accrescere la comprensione ... e renderle accessibili ad un'audience più vasta"¹¹⁶.

La Corte Suprema del Canada – considerata dagli studiosi della comunicazione un vero e proprio modello sul piano delle relazioni con i media¹¹⁷ – ha istituito sin dal 1981 un'apposita commissione interna di cui fanno parte a rotazione alcuni degli stessi giudici; essa ha il compito di curare i rapporti con i mezzi di informazione e valutare l'adeguatezza dei comunicati stampa e dell'informazione disponibile *online*. Per poi agevolare la comprensione da parte dell'opinione pubblica della giurisprudenza, dagli anni Novanta la Corte Suprema canadese ha deciso di emettere poche pronunce alla volta; inoltre, per le questioni più complesse, sentite le parti, consente ad un gruppo ristretto di giornalisti di accedere in anteprima ai contenuti delle pronunce (*lock-ups*) e di rivolgere alla Corte delle domande¹¹⁸. Inoltre, i giornalisti vengono informati dei casi pendenti dall'*Executive Legal Officer* prima che le sentenze vengano depositate ed una volta all'anno giudici e giornalisti tengono un incontro di lavoro ed un evento conviviale.

Il Tribunale federale tedesco ha istituito nel 1996 un servizio stampa e rilascia circa 100 comunicati all'anno, la cui redazione è disciplinata dal Regolamento¹¹⁹. Inoltre, dal 1998, a differenza di quanto previsto per altri corti, al Tribunale Costituzionale è possibile concedere la registrazione audio e video e la trasmissione radio del dibattito¹²⁰.

¹¹⁵ Nell'esperienza inglese – come da informazioni ottenute tramite l'attuale *Head of Communication* della Corte Suprema – il comunicato sulla decisione viene redatto dal Capo della comunicazione, talvolta sentito il Presidente della Corte o il *Chief Executive*. Si v. in particolare <https://www.supremecourt.uk/decided-cases/index.html>. Sulle modalità di comunicazione delle questioni pendenti e delle decisioni rese della Corte Suprema inglese, si v. L.J. MORAN, *Judicial Institutional Change*, cit.

¹¹⁶ *Ibidem*, 264.

¹¹⁷ Si v. S. HARADA, "The Uncomfortable Embrace". *The Supreme Court and the Media in Canada*, in R. DAVIS, D. TARAS (eds.), *Justices and Journalists*, cit., 81 ss.

¹¹⁸ Si v. in particolare per la procedura <https://www.scc-csc.ca/media/lu-hc-eng.aspx>.

¹¹⁹ *Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts*, § 17 e 32.

¹²⁰ Art. 17a *Bundesverfassungsgesetz* – BVerfGG. Sui rapporti tra il Tribunale

Il *Conseil constitutionnel* francese, invece, al fine di agevolare la comprensione da parte del pubblico e dei media delle pronunce, ha deciso nel 2016 di “modernizzare la redazione delle pronunce”¹²¹ ed, in particolare, di rompere con la tradizione dei *considérants*, articolando la motivazione in paragrafi numerati a sé stanti¹²². Si tratta di una modifica di natura formale che, tuttavia, segnala un nuovo approccio del *Conseil* alla comunicazione pubblica. L'introduzione nel 2010 della *Question prioritaire de légitimité constitutionnelle* (QPC) ha, infatti, accresciuto la visibilità del *Conseil* e stimolato l'interesse dei media e del pubblico (specializzato e non) verso la sua giurisprudenza. Per questo motivo, nel 2018, il *Conseil* si è dotato di un nuovo Servizio di comunicazione posto sotto la responsabilità del Segretariato generale cui è seguita la completa rivisitazione del sito *web*, motivata dalla volontà di rendere la comunicazione più fruibile al grande pubblico¹²³. Inoltre, il *Conseil* ha dal 2016 avviato iniziative in collaborazione con le scuole¹²⁴ e dal febbraio 2019 tiene udienze “fuori sede” con il dichiarato intento di “avvicinarsi ai cittadini”¹²⁵.

Pur non negandosi le differenze derivanti da specifiche esigenze di comunicazione delle singole corti (come, ad esempio, nel caso della neoistituita Corte Suprema di inglese, di farsi conoscere; nel caso del

Costituzionale tedesco ed i media, C. HOLTZ-BACHA, *The German Constitutional Court and the Media*, in R. DAVIS, D. TARAS (eds.), *Justices and Journalists*, cit., 101 ss.

¹²¹ Si v. il Comunicato stampa del Presidente del *Conseil constitutionnel* del 10 maggio 2016 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/actualites/2016/communiqué-du-président-du-10-mai-2016.147341.html>) sul quale P. PASSAGLIA, *La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale, tra ricerca di legittimazione e rivisitazione della tradizione. Appunti per una ricerca*, in C.A. D'ALESSANDRO, C. MARCHESE (a cura di), *Ius Dicere in a Globalized World*, vol. 1, Roma 2018, 183 ss., in part. 194.

¹²² P. PASSAGLIA, *La comunicazione istituzionale*, cit.,

¹²³ *Un nouveau site pour le Conseil Constitutionnel. Repenser l'interface pour ouvrir le Conseil au public citoyen*, in *Medium*, 14 febbraio 2018 (www.medium.com) (“Nous voulions rompre avec le sentiment d'arriver sur un site réservé à une élite. L'action du Conseil Constitutionnel touche au contraire chacune d'entre nous et c'est une nécessité citoyenne de la rendre compréhensible. C'est pourquoi, il a été notamment décidé d'ajouter un chapô introductif pour chaque type de décision dans les affaires en instance, permettant de saisir en quelques mots les enjeux du sujet”).

¹²⁴ Si tratta del Concorso dal titolo “*Découvrons notre Constitution*” (sul quale si v. il sito dello stesso *Conseil*, accompagnato da un video di presentazione dello stesso Presidente).

¹²⁵ L'iniziativa prevede, ogni tre mesi, un'udienza “fuori sede”: la prima si è tenuta a Metz, la più recente a Nantes. L'esperienza è descritta sul sito del *Conseil* (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/rapport-activite-2019-numerique/audiences-hors-les-murs.php>) come una “*une petite «révolution de palais»*”.

Conseil di comunicare all'opinione pubblica il mutamento del proprio ruolo dopo l'introduzione della QPC; nel caso del Tribunale costituzionale tedesco connesse alla *Verfassungsbeschwerde*), si può osservare come siano stati soprattutto i cambiamenti del mondo della comunicazione ad indurre le corti costituzionali ad assumere un ruolo proattivo nella comunicazione, decidendo di trasmettere direttamente le proprie informazioni ed i propri valori.

Ma poiché questa trasformazione, come si può comprendere, sposta l'attenzione sull'utente, su cui ricade la libertà o l'onere dell'informazione e che matura *aspettative* di informazione, l'assunzione del ruolo di comunicatori da parte delle corti è stato descritto come un vero e proprio dovere "sociale"¹²⁶. Se guardata dalla prospettiva dei giudici costituzionali questa conclusione appare evidente: dalle dichiarazioni della nostra Corte in particolare, ma anche dei giudici delle corti straniere si evince, infatti, come quella di dialogare con i cittadini sia definita dai giudici una nuova "missione"¹²⁷, una "responsabilità" (Lattanzi¹²⁸), un "compito" (Cartabia¹²⁹) derivante dall'esigenza di trasmettere una cultura della Costituzione, di comunicare "l'idea di una società democratica, pluralista, aperta e tollerante" in cui le "ragioni dell'autorità si confrontano con quelle della persona, con i suoi diritti e le sue tutele"¹³⁰.

Dietro l'assunzione di un ruolo attivo di "comunicatore", quindi non c'è solo l'esigenza di fornire un'informazione veritiera sulla propria attività ed il proprio ruolo, ma la consapevolezza di dover assumere anche un ruolo di formazione delle "coscienze" dei cittadini, "per mantenere vivi i valori della Costituzione"¹³¹.

¹²⁶ Si v. D. STASIO, *Il ruolo sociale del giurista*, cit. che parla di "dovere di comunicare" e sottolinea come nell'attuale scenario dell'informazione, "il giurista non può chiamarsi fuori dalla responsabilità di comunicare".

¹²⁷ Parla di "missione dei giudici" di mostrare l'importanza che essi rivestono nella vita dei cittadini, R. DRAGIČEVIĆ-DIČIĆ, *The Authority of the Judiciary*, cit., 1.

¹²⁸ G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli che siano italiani o stranieri*, cit., 5.

¹²⁹ M. CARTABIA, *Porte aperte alla Consulta*, Intervista al *Corriere della Sera*, cit.

¹³⁰ G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli che siano italiani o stranieri*, cit., 5.

¹³¹ L'espressione è sempre tratta dalle dichiarazioni del Presidente emerito G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli che siano italiani o stranieri*, cit., 5 ("Sentiamo la responsabilità di mantenere vivi nelle coscienze dei cittadini i valori della Costituzione"). Per considerazioni simili rese da altri giudici costituzionali in ordinamenti stranieri, si v. le dichiarazioni del giudice Brennan, negli Stati Uniti, secondo cui la Corte Suprema ha bisogno della stampa per assolvere il proprio ruolo "di istruire

6. *Dal monologo al dialogo con la pubblica opinione*

La nostra Corte costituzionale ha “una tradizione di apertura alla società”¹³² che risale alla sua nascita. Come ha sottolineato il Presidente Lattanzi, la Corte ha, per esempio, istituito da subito un ufficio stampa diretto da un giornalista professionista ed ha avviato la prassi delle conferenze annuali come occasione per fornire al Paese un quadro dell’attività svolta.

Tuttavia, la comunicazione della nostra Corte costituzionale con la pubblica opinione era, oltre che mediata da mezzi di informazione, essenzialmente unidirezionale. Gli input da parte dell’opinione pubblica giungevano, infatti, alla Corte essenzialmente per il tramite della stampa, in particolare in occasione del tradizionale incontro per la presentazione della relazione sull’attività svolta nell’anno appena trascorso¹³³. Nel 1980, negli Stati Uniti, il giudice Brennan descriveva una simile esperienza per la Corte Suprema osservando che “la stampa ha bisogno della Corte Suprema per la semplice ragione che la Corte è il garante di ultima istanza dei diritti costituzionali che sostengono la stampa. Ma la Corte ha un concomitante bisogno della stampa, perché è attraverso la stampa che riceve la tacita e consolidata esperienza della Nazione”¹³⁴.

Al passaggio dal rapporto mediato a quello diretto con l’opinione pubblica che si è analizzato nelle pagine precedenti, si accompagna oggi anche una seconda trasformazione: quella dal monologo al *dialogo*. L’accreciuta accessibilità del grande pubblico alle informazioni non deter-

e ispirare” (W.J. BRENNAN JR., *Why Protect the Press?*, 18 *Columbia Journalism Review* 59 (1980), 59). Alla Corte Suprema del Canada si riconosce analogamente il ruolo “*to construct and impose a real and symbolic universe on Canadian society*” (F. SAUVAGEAU, D. SCHNEIDERMAN, D. TARAS, *The Last Word: Media Coverage of the Supreme Court of Canada*, Vancouver, 2006, 21),

¹³² Si v. la *Relazione del presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sul tema della “Comunicazione istituzionale”* all’ordine del giorno del bilaterale con il Tribunale federale costituzionale della Germania-Karlsruhe, 26-28 giugno 2019 (il cui testo è disponibile sul sito della Corte costituzionale) in cui si sottolinea un deficit di conoscenza della Corte e della sua attività che “concorre ad aumentare la distanza ... tra cittadini e istituzioni”.

¹³³ Il Presidente U. De Siervo, ad esempio, sottolineava nel suo incontro con la stampa del 10 febbraio 2011 che “un rendiconto annuale può aiutare a ricordare almeno alcune sentenze particolarmente significative ed a meglio comprendere il complesso delle attività della Corte costituzionale; al tempo stesso, questo rendiconto può anche opportunamente ricollegarsi al contesto sociale ed istituzionale entro cui la Corte ha operato”.

¹³⁴ W.J. BRENNAN, *Why Protect the Press?* cit., 59.

mina, infatti, solo l'assunzione di un ruolo attivo della Corte nella comunicazione. Essa apre anche nuove possibilità di dialogo con la pubblica opinione.

Si tratta di una trasformazione che è, a mio giudizio, la naturale conseguenza della ricerca di quel *rapporto diretto* (e, aggiungerei, più "autentico") con l'opinione pubblica che si è analizzato nelle pagine precedenti: se, infatti, come si è sottolineato in premessa, l'opinione pubblica presuppone una società civile separata dallo Stato, come sottolinea la dottrina, "tra le due entità deve esistere un flusso comunicativo che consenta loro di dialogare, che consenta di trasmettere allo Stato e ai suoi organi le volontà e le richieste dei cittadini riuniti nella società civile e, viceversa, di informare questi ultimi sulle attività e sulle decisioni assunte dallo Stato"¹³⁵.

E, infatti, il Presidente emerito Lattanzi, nel descrivere l'esperienza dei viaggi nelle scuole e nelle carceri, scrive che "all'inizio abbiano avvertito l'esigenza di uscire dal Palazzo, di farci conoscere e di conoscere i cittadini, di incontrare il Paese reale. Strada facendo però il Viaggio si rivelato qualcosa di più di uno strumento di conoscenza, un'occasione importante di ascolto reciproco"¹³⁶. Ed ancora aggiunge: "La Corte deve conoscere le idee, i sentimenti, gli umori che si agitano ed eventualmente dominano il Paese e anche per questo non deve rimanere chiusa nel Palazzo"¹³⁷.

Peraltro non deve dimenticarsi che, più in generale, nell'ambito della comunicazione pubblica, si sia anche in passato constatato come "l'efficace pianificazione delle attività di comunicazione autoprodotta, così come peraltro di quelle di comunicazione etero-prodotta, richiede di conseguenza la conoscenza delle immagini percepite e, quindi, la necessità di canali di informazione in entrata: per poter agire efficacemente l'istituzione pubblica deve sapere con esattezza come essa è percepita all'esterno, quali i bisogni informativi e comunicativi che la riguardano"¹³⁸.

Nell'attuale scenario la Corte costituzionale, al pari delle altre corti costituzionali, ha quindi bisogno dei media e dell'opinione pubblica così

¹³⁵ P. MANCINI, *Manuale di comunicazione pubblica*, cit., cap. IV, § 4.

¹³⁶ Presidente G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli che siano italiani o stranieri*, cit., 5. Si v. anche la *Relazione* dello stesso Presidente Lattanzi del 21 marzo 2019, cit. ("La Corte ha maturato la consapevolezza che deve uscire dal Palazzo, deve conoscere e farsi conoscere, deve farsi capire e deve capire, anche perché farsi conoscere e farsi capire significa far conoscere e far capire la Costituzione").

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ P. MANCINI, *Manuale di comunicazione pubblica*, cit., cap. IV, § 4.

come i media e l'opinione pubblica hanno bisogno della Corte. Se fino a pochi anni or sono le corti costituzionali curavano, per esigenze di trasparenza¹³⁹, il solo aspetto della trasmissione ai media delle informazioni relative alla propria attività, oggi le due "dimensioni" della comunicazione (input e output, comunicazione e trasparenza) tendono a fondersi.

7. *Le conseguenze sul piano della legittimazione della Corte*

7.1. *La Corte come interprete o selezionatrice di interessi di parte?*

È nel rapporto bidirezionale con l'opinione pubblica – opinione pubblica come *output* e come *input* della Corte – che emerge tutta la problematicità della trasformazione della comunicazione pubblica sul piano della legittimazione della Corte. Se, infatti, come si è chiarito nella premessa, l'opinione su cui il pubblico si riconosce collettivamente è tale da esercitare (direttamente o indirettamente) una qualche influenza, si comprende come da più parti si sottolinei il pericolo che, da un lato, la Corte possa essere condizionata dagli "umori" dell'opinione pubblica nelle singole decisioni, ma soprattutto che essa ricerchi nel consenso dell'opinione pubblica una fonte di legittimazione¹⁴⁰ al pari degli organi politici.

¹³⁹ Sul concetto di trasparenza e sulla sua differenza con la comunicazione, G. ARENA, *La funzione pubblica di comunicazione*, in G. ARENA (a cura di), *La funzione di comunicazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini 2001 e E. CHELI, *Informazione, decisione politica, controllo sociale: spunti per un'analisi comparata*, in *Dir. Inf. e dell'Informatica*, 1987, 819.

¹⁴⁰ Sul punto, si v. da ultimo, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., in part. 274 e ss. (in cui si osserva che "Mediante quegli strumenti la Corte costituzionale costruisce la propria immagine più di quanto non facciano le decisioni di casi: tratteggiano la sagoma che il giudice delle leggi vuol consegnare all'opinione pubblica. Di quegli atti si servono anche gli studiosi, che, per quello che ho detto, non possono ignorarli se vogliono avvicinarsi ad una maggiore comprensione dell'oggetto delle loro ricerche. L'effetto comunicativo nei confronti dell'accademia, tuttavia, è tutto sommato relativo e marginale: è, in fondo, niente di più che un altro modo di essere della giurisprudenza. Differente, invece, il risultato della *comunicatio* nei confronti dell'opinione pubblica: in questo ambito, infatti, comunicare serve per *legittimare*. La comunicazione attiene, cioè, al *processo* di legittimazione sia della Corte costituzionale sia della sua attività di tutta la sua attività funzionale e istituzionale"). Si v., inoltre, BETTINELLI, *Corte costituzionale e opinione pubblica (in un sistema politico debole)*, cit., in part. 41; CHINNI, *Prime considerazioni su Corte costituzionale e opinione pubblica*, cit., in part. 283; L. D'ANDREA, *La Corte commenta ... sé stessa (attraverso le conferenze stampa del suo Presidente)*, in A. RUGGERI (a cura di), *La*

E non è un caso, infatti, che nelle dichiarazioni del Presidente e dei giudici che ho sin qui richiamato non si manchi mai di precisare che il rapporto della Corte con l'opinione pubblica non è assimilabile a quello che hanno con quest'ultima gli organi politici. Subito dopo aver illustrato l'esigenza di un contatto con il "Paese reale", il Presidente emerito Lattanzi chiariva, ad esempio, che la Corte "però non deve neppure farsene guidare. ... Le sue direttrici la Corte non può che trarle dalla Costituzione, riaffermando le regole fondamentali della democrazia, della libertà, dell'uguaglianza, della solidarietà. In altre parole – conclude – la Corte non può seguire e non segue gli umori del Paese se non coincidono con quelli della Costituzione"¹⁴¹.

Il problema della legittimazione della Corte e del suo ruolo nella forma di governo sta al cuore della giustizia costituzionale ed esula dagli intenti di questa relazione ripercorrere i termini di tale vastissimo dibattito¹⁴²: è certo tuttavia che il "dilemma" costituito dalla oscillazione tra

motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, Torino, 1994, 376 ss., in part. 380; G. D'AMICO, *La Corte e "le voci di dentro": strategie comunicative e capacità persuasiva del giudice delle leggi nei suoi comunicati stampa*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro*, Torino, 2018, 295 ss. in part. 298; Id., *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta*, cit.; M. FIORILLO, *Corte costituzionale e opinione pubblica*, cit., 115 ss.; PASSAGLIA, *La comunicazione istituzionale degli organi di giustizia costituzionale*, cit., in part. 187 ss.; R. PINARDI, *Il problema dell'impatto della declaratoria di incostituzionalità alla luce del ruolo della Corte nel sistema. Relazione al Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Milano, 9-10 giugno 2017*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, n. 7; nonché i molti contributi nel volume a cura di R. ROMBOLI, *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017 ed, in particolare, con specifico riferimento all'uso dei comunicati stampa da parte della Corte costituzionale, gli scritti di E. CATELANI, *Giustizia costituzionale tra "anima politica" ed "anima giurisdizionale" e sua incidenza sulla forma di governo*, in part. 276 ss.; R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte tra l'"anima politica" e quella giurisdizionale. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in part. 1 ss.; C. TOMBA, *Brevi considerazioni sulla redazione delle decisioni della Corte costituzionale*, 245 ss., in part. 251.

¹⁴¹ Presidente G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli che siano italiani o stranieri*, cit., 5.

¹⁴² Per tutti, nella sterminata dottrina, R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano 2017; E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna 1996; G. D'AMICO, D. TEGA, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisprudenza e politica*, in S. SICARDI, M. CAVINO, L. IMARISIO (a cura di), *Vent'anni di costituzione (1993-2013) Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, Bologna 2015, 551 ss.; C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bologna 2017; E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2018, 330 ss.; A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Il Foro It.*, V, 1980, col. 117 ss., in part. col. 123; R. ROMBOLI, *Le*

l'“anima politica” e l'“anima giurisdizionale” della Corte – quale, vorrei sottolineare, “connotazione strutturale”¹⁴³, «carattere fisiologico»¹⁴⁴ di tutti i sistemi di giustizia costituzionale – oggi trova nella diversa relazione tra Corte costituzionale ed opinione pubblica un argomento a sostegno del progressivo prevalere della prima sulla seconda.

In particolare, tra gli strumenti di comunicazione, il comunicato stampa – sulla cui problematicità mi soffermerò nello specifico nelle pagine successive – appare come l'“espressione massima del potere comunicativo della Corte” e la forma di comunicazione dotata di “maggior forza politica”¹⁴⁵. Di conseguenza, non è tanto l'“attività politica” della Corte a suscitare allarme, quanto piuttosto il fatto che essa avvenga “simulando la strada dei processi politici di decisione, ma senza che ne ricorrano i presupposti e le garanzie”¹⁴⁶.

Chi sostiene questa posizione critica muove dal presupposto che la Corte si ponga: a) come interprete dell'opinione pubblica; b) come suo interlocutore; c) o, in ultimo, come rappresentante di gruppi minoritari o della comunità nel suo complesso¹⁴⁷. La Corte, in altri termini, opererebbe come un giudice che interpreta, seleziona interessi o rappresenta una parte più o meno estesa della società civile¹⁴⁸.

Per quanto, come chiarirò in seguito, non si possa negare la difficoltà con cui la Corte deve oggi misurarsi per ricercare un equilibrio tra l'instaurare con l'opinione pubblica un contatto diretto e tuttavia mantenere con essa quell'opportuna distanza che deriva suo ruolo di garanzia costituzionale, giurisdizionale nella forma – occorre tener conto di *tutti*

oscillazioni della Corte tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa, in R. ROMBOLI (a cura di), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, cit., nonché gli altri contributi di questo volume.

¹⁴³ CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., 31.

¹⁴⁴ A. SPADARO, *Sulla intrinseca “politicalità” delle decisioni “giudiziarie” dei tribunali costituzionali contemporanei*, in Romboli (a cura di), *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, cit., 117, in part. 129.

¹⁴⁵ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 278.

¹⁴⁶ Le citazioni sono sempre tratte da A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 282 (il quale precisa che “Il giudice costituzionale, come qualsiasi attore politico, arricchisce altrimenti la sua legittimazione, specialmente mediante la costruzione di un consenso politico sulle sue attività, stabilendo un rapporto (indiretto o diretto) con l'opinione pubblica. Da qui deriva un surplus di legittimazione o, meglio, la legittimazione che la Corte costituzionale pretende in quanto potere politico, un potere che cerca nella polis fonte e fine dell'agire”, 280).

¹⁴⁷ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario*, cit., 284.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

gli aspetti della complessità del rapporto con l'opinione pubblica. Ciò implica, al tempo stesso, di tener conto anche delle diverse funzioni che l'opinione pubblica assolve.

Nelle dichiarazioni pubbliche dei giudici emerge, infatti, con particolare insistenza anche il ruolo della Corte di favorire quella tradizionale funzione dell'opinione pubblica che è quella di integrazione sociale verso, in particolare, i valori costituzionali. In questo compito non mi pare che la Corte voglia selezionare interessi particolari, né rappresentare una parte della popolazione: piuttosto, la scelta del pubblico (le scuole, le carceri) è funzionale alla trasmissione di un messaggio di portata generale, in particolare all'affermazione – come si legge nelle dichiarazioni del Presidente – di “un'idea di società democratica, pluralista, aperta e tollerante”¹⁴⁹ contenuta nella Costituzione. Non a caso l'articolo che più è stato evocato negli incontri e che più frequentemente viene richiamato dai giudici nelle dichiarazioni è l'art. 3 Cost¹⁵⁰.

Il fatto che la Corte possa poi riuscire nel proprio intento di favorire tale integrazione sociale intorno ai valori della Costituzione e che, a sua volta, l'opinione pubblica, unificata intorno ai principi ed ai valori della Costituzione, possa poi orientare le decisioni politiche verso la concreta realizzazione di tali principi e valori, sono aspetti che devono tenuti separati. In altri termini, i due piani – quello del ruolo della Corte di favorire la diffusione di una cultura della Costituzione e quello dell'opinione pubblica di integrazione sociale e di stimolo politico per la competizione politica – vanno, quindi, tenuti distinti¹⁵¹. Dire che la Corte interpreta, seleziona o rappresenta interessi o parti della società civile significa quindi non solo trasferire sulla Corte le conseguenze di un'azione successiva che spetta all'opinione pubblica stessa ed eventualmente al mondo politico o agli organi politici che sapranno (o vorranno) intercettare il messaggio dell'opinione pubblica, ma al tempo stesso leggere il processo di formazione dell'opinione pubblica in senso inverso, dalla politica alla Corte per il tramite dell'opinione pubblica.

¹⁴⁹ Presidente G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli che siano italiani o stranieri*, cit., 5.

¹⁵⁰ Si v., ad esempio, AMATO, *In piedi. Esce la Corte*, cit., 41, che identifica appunto nell'art. 3 Cost. la disposizione più evocata negli incontri della Corte con studenti e detenuti.

¹⁵¹ Ben diversa è, infatti, la posizione dell'esponente politico che, oltre a svolgere un'azione di stimolo e di sollecitazione dell'opinione pubblica, si fa al tempo stesso diretto portavoce di tali interessi presso organi politici.

7.2. La Corte alla ricerca del consenso (politico) dell'opinione pubblica?

Una seconda – e più diffusa – critica¹⁵² cui si è già fatto cenno e che è strettamente connessa alla precedente, è relativa alla ricerca da parte della Corte costituzionale di un consenso di natura politica, attraverso un rapporto (diretto ed indiretto) con l'opinione pubblica.

A questo riguardo si deve sottolineare che la ricerca di un *surplus* di legittimazione da parte della Corte ha costituito un tratto della nostra esperienza di giustizia costituzionale, sin dal suo avvio. Essa è stata la conseguenza non di una precisa strategia dell'organo di giustizia costituzionale, ma del contesto in cui si è trovato ad operare. E. Cheli, nel tracciare, alla metà degli anni Novanta, un bilancio del ruolo nella forma di governo che la Corte costituzionale si era ritagliata nei suoi primi quarant'anni di attività, sintetizzava quello della Corte come “un percorso che, nel suo complesso, è stato ispirato dal pragmatismo, dalla progressiva espansione degli strumenti di intervento, dalla ricerca di un rapporto preferenziale con l'opinione pubblica (più che con il sistema delle forze politiche), da consolidare attraverso la difesa la promozione delle libertà costituzionali”¹⁵³. Si è trattato di un ruolo che “la Corte non si sceglieva”, precisava Cheli, ma che le “veniva assegnato obiettivamente dai fatti”, in particolare dalla frammentazione del tessuto politico, non in grado di esprimere valori nuovi e di adeguare la legislazione vigente al quadro costituzionale, nonché in seguito dalla incapacità del Parlamento di offrire risposte alle istanze dell'opinione pubblica, ma anche dalla crisi progressiva del nostro sistema politico e dalla caduta di quelle regole e convenzioni che in passato “avevano fatto sì che il sistema trovasse al suo interno gli strumenti per disinnescare e risolvere i conflitti che venivano a crearsi”¹⁵⁴.

La Corte, dunque, avviava sin dai primi anni della sua istituzione un percorso che “che puntava in primo luogo alla legittimazione dell'organo attraverso un rapporto diretto con l'opinione e che tendeva a scavalcare

¹⁵² Si v. *supra*, in nota 140.

¹⁵³ *Ivi*, 19.

¹⁵⁴ R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in M. LUCIANI, M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna 1997, 265 ss., in part. 305-6, ma in senso analogo R. BIN, *L'ultima fortezza*, Milano 1996 p 127 ss. Sulla «stagione dei conflitti» a partire dai primi anni Novanta, E. MALFATTI, R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-95)*, Torino 1996, 331 e ss. (nonché con riferimento alla giurisprudenza relativa ai conflitti tra poteri le pagine di E. MALFATTI nelle successive edizioni degli *Aggiornamenti*).

la mediazione partitica”¹⁵⁵. Ciò consentiva alla giurisprudenza costituzionale di costituire quel “volano che, indipendentemente dagli indirizzi perseguiti, nelle varie fasi di sviluppo del sistema, dalle forze politiche, ha consentito alla Costituzione di evolversi, di adeguarsi al tessuto sociale e di acquisire, infine, nei suoi valori fondanti, un forte e diffuso consenso sociale”¹⁵⁶.

Non si tratta, dunque, di un consenso di natura politica, analogo a quello che tramite il dialogo con l’opinione pubblica ricercano gli organi elettivi. La nostra Corte ha, sempre avuto la consapevolezza che, per l’effettività della giustizia costituzionale¹⁵⁷ e della stessa Costituzione, occorra che si sviluppi “un comune sentire” o, come scrive Zagrebelsky, “un partito della Costituzione” con cui intessere un dialogo e da trarre alimento e sostegno¹⁵⁸.

Sin dal 1975, nell’annuale incontro con la stampa, il Presidente Franco Bonifacio dichiarava: “Già la divulgazione delle nostre decisioni comporta un notevole contributo all’effettività della giustizia costituzionale, giacché questa si realizza non solo mediante la puntuale osservanza delle sentenze da parte degli altri pubblici poteri, ma anche col diffondersi nella pubblica opinione del convincimento che esiste ed opera quotidianamente, *super partes*, un organo di garanzia dei supremi principi dell’ordinamento. Il cittadino vede ogni giorno, attraverso la vostra divulgazione, che la Costituzione non è un limbo di buoni propositi che i pubblici poteri possano a loro piacimento disattendere, bensì è una legge, alle altre sovraordinata, che nel sistema trova validi strumenti per veder affermata e tutelata la sua intangibilità”. Quindi, concludeva, “anche se ... l’attività degli organi di garanzia non basta ad assicurare che la Costituzione viva nella realtà, si deve pur riconoscere che l’efficienza della giustizia costituzionale, se accompagnata da una vigile attenzione della pubblica

¹⁵⁵ CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., 34.

¹⁵⁶ *Ivi*, 23.

¹⁵⁷ Sul tema. T. GROPPI, *Corte costituzionale e principio di effettività*, Relazione al Convegno su “*Dimensioni dell’effettività tra teoria generale e politica del diritto*”, Salerno, 2-4 ottobre 2003.

¹⁵⁸ Si v. in part. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *La giustizia costituzionale*, vol. 1, *Storia, principi. Interpretazioni*, Bologna 2007, 123. Già C. MORTATI, *La Corte costituzionale e i presupposti della sua vitalità*, in *Iustitia*, 1949, 69 ss., avvertiva che “quando le pronunce della Corte riescano ad esprimere esattamente lo stato della coscienza sociale, ... si renderà inutile nella maggioranza dei casi ricorrere contro la pronuncia di incostituzionalità della legge alla procedura di emendamento, perché fondata si presenterà la previsione della mancanza dell’adesione popolare a tale iniziativa”.

opinione, costituisce barriera insormontabile al diffondersi di una pericolosa sfiducia nella validità della Carta costituzionale: barriera che si rafforza nella misura in cui, al di là del consenso o del dissenso su singole decisioni, si forma nei cittadini — come a me pare sia in questi anni accaduto, anche mercè la vostra opera di informazione e di commento — un positivo convincimento della validità dei risultati conseguiti”¹⁵⁹.

Come ha scritto Bin, “la forza della Corte costituzionale è la forza del consenso”¹⁶⁰: un consenso che non deve essere sulle singole pronunce o su singoli temi di rilevanza costituzionale, ma sul suo ruolo complessivo e sulla sua giurisprudenza¹⁶¹ e che le consente “di sottrarsi all’abbraccio mortale della vita politica e partitica in senso stretto”¹⁶².

Anche la dottrina tedesca legge il rapporto tra i media e il Tribunale costituzionale federale anche in funzione di difesa e di sostegno della giustizia costituzionale a fronte della decisione di “casi difficili”¹⁶³. La

¹⁵⁹ Presidente F. BONIFACIO, *La giurisprudenza costituzionale nel 1974*, Roma, Palazzo della Consulta, 20 gennaio 1975, 3. Si v. per analoghe considerazioni, le dichiarazioni del Presidente G. Ambrosini ai giornalisti in occasione degli auguri di fine d’anno, 28 dicembre 1963 (“L’attività della Corte ha suscitato, in misura che si rivela sempre crescente e diffusa, l’attenzione della pubblica opinione, sia di quella più specializzata e tecnica, sia di quella comune: esempio ne sia, tra i più validi, l’interesse sempre dimostrato dalla stampa e dalla RAI-TV, con resoconti, articoli, note di commento, ecc. La Corte ne è lieta, perché è attraverso il dibattito degli opposti giudizi (quando sia svolto serenamente e su termini obiettivi) che si può formare e diffondere una coscienza democraticamente attiva nei cittadini, e una loro più consapevole partecipazione alla vita della collettività nell’interno dello Stato e nel campo internazionale”); l’appello del Presidente L. AMADEI, nel suo incontro con la stampa del 18 dicembre 1979, in un frangente difficile della storia italiana, a riaffermare “la necessità dell’osservanza della Costituzione” e la sua riconoscenza verso i giornalisti per aver rafforzato, grazie alla costante attenzione per la vicenda Lockheed, “l’interesse per i cittadini verso la Corte costituzionale”; il discorso del Presidente L. PALADIN in occasione dei trent’anni della Corte costituzionale, 5 giugno 1986 (che sottolinea come la Corte sia rispettata dalla pubblica opinione “il cui sostegno era già considerato necessario per la Corte da parte dei Costituenti”); la relazione del Presidente SAJA sulla giustizia costituzionale nel 1987, in *Foro It.*, 1988, parte V, col. 125 (che parla di una “Corte costituzionale che ha partecipato alla generale riflessione sulla perdurante aderenza alla Carta costituzionale” e che si pone “in sintonia con la generale opinione ed ha sensibilmente contribuito al progresso morale, civile, sociale e economico del Paese”).

¹⁶⁰ R. BIN, *Sull’imparzialità dei giudici costituzionali*, in *Giur. Cost.*, 2009, 4015.

¹⁶¹ Si v. A. PUGIOTTO, *La Corte costituzionale e i cittadini*, lezione presso la Scuola di cultura costituzionale dell’Università di Padova, in <https://www.unipd.it/scuolacostituzionale/documenti/2010/RelazionePugiotto.pdf>, in part. 23.

¹⁶² A. PUGIOTTO, *La Corte costituzionale e i cittadini*, cit., 23. Sul punto anche G. D’AMICO, D. TEGA, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisprudenza e politica*, cit., 578.

¹⁶³ R. LAMPRECHT, *Kooperation und Konfrontation. Das Bundesverfassungsgericht und die Medien – Nahe und Distanz*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2012, n. 5, 149 ss. in part. 149.

stessa affermazione è ricorrente negli Stati Uniti, ove la protezione della libertà di manifestazione del pensiero e di stampa sono sancite nel I emendamento e sono state definite dalla stessa Corte Suprema come “*the indispensable condition, of nearly every other form of freedom*”¹⁶⁴. Dopo tutto, come hanno sottolineato D’Amico e Tega, “poiché le corti hanno il potere della parola, ma non quello della borsa né quello della spada”, non può stupire il fatto che cerchino delle «sponde»¹⁶⁵.

Tuttavia, rispetto al passato, l’affollato scenario della comunicazione pubblica impone oggi alla Corte costituzionale una maggiore trasparenza¹⁶⁶, sia sul suo ruolo come istituzione di garanzia, che sulla sua attività: le novità della situazione attuale stanno, quindi, nella ricerca di “inedite”¹⁶⁷ e più dirette forme di comunicazione con l’opinione pubblica. Queste ultime, per quanto dotate di maggior incisività e pervasività rispetto alle modalità di comunicazione del passato, non devono tuttavia indurre a travisare il senso del messaggio trasmesso dalla Corte che resta quello della ricerca di una “sponda”¹⁶⁸ nella pubblica opinione attraverso il consenso sulla Costituzione.

8. *Opinione pubblica ed autorevolezza delle corti. Una breve digressione sulla relazione tra corti e cambiamenti sociali*

Hamilton scriveva che la Corte Suprema degli Stati Uniti “non ha né forza, né volontà, ma solo giudizio”¹⁶⁹. Di conseguenza, “l’arma più potente del suo arsenale è il rispetto popolare”¹⁷⁰ (*public deference*).

¹⁶⁴ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), in part. 327.

¹⁶⁵ G. D’AMICO, D. TEGA, 1993-2013: *la Corte costituzionale tra giurisprudenza e politica*, cit., 578.

¹⁶⁶ Come ha dichiarato una giudice della Suprema Corte di Cassazione serba, DRAGIČEVIĆ DIČIĆ, *The Authority of the Judiciary*, cit., “la trasparenza alimenta il rispetto, mentre la segretezza innesca la sfiducia”.

Il Presidente Lattanzi, nella citata sul tema della “Comunicazione istituzionale”, richiama anche la pubblicità dei bilanci, dei rendiconti di cassa, nonché della retribuzione dei giudici come di un’operazione di trasparenza a 360 gradi, per rendere la Corte “una casa di vetro”.

¹⁶⁷ Cfr. *supra*, in nota 69.

¹⁶⁸ G. D’AMICO, D. TEGA, 1993-2013: *la Corte costituzionale tra giurisprudenza e politica*, cit., 578.

¹⁶⁹ *The Federalist* n. 78.

¹⁷⁰ R. DAVIS, *Justices and Journalists: the U.S. Supreme Court and the Media*, Cambridge 2011, 19.

L'autorevolezza ed il rispetto di cui godono le corti presso l'opinione pubblica deriva essenzialmente da tre fattori.

1) In primo luogo, dal rispetto dei simboli dell'istituzione e del ruolo: la toga indossata durante le udienze pubbliche, il banco ove siedono in giudici e la posizione che essi occupano dietro di esso, l'aula dell'udienza pubblica e l'edificio dove la Corte è ubicata. Ne è una chiara dimostrazione l'esperienza inglese dove per la neo-istituita Corte Suprema si è scelta una sede dal valore altamente simbolico, ubicata in *Parliament Square*, dunque di fronte al Parlamento, ma anche alla sede di un importante Ministero – quello del Tesoro – ed alla Abbazia di Westminster (che occupano gli altri due lati della piazza)¹⁷¹. Il simbolo rinvia all'autorevolezza, al prestigio dell'istituzione, ma trasmette anche un senso di continuità nel rispetto delle regole e, quindi, indirettamente, di fiducia¹⁷².

2) In secondo luogo, dall'autorevolezza e dal prestigio dei singoli giudici: come ha scritto Bin della nostra Corte costituzionale, “è il suo prestigio a conferirle autorità, ed il prestigio non può che essere alimentato dalla qualità delle persone che la compongono e dal comportamento che esse tengono”¹⁷³.

Negli Stati Uniti, i giudici della Corte Suprema tendevano – soprattutto in passato – ad evitare ogni personale esposizione mediatica, conducendo tendenzialmente la propria vita in tendenziale anonimato¹⁷⁴. Sorprendentemente, sino a pochi anni fa, nonostante la sovrabbondanza di fonti di informazione – Internet, canali satellitari, radio, ecc. – il livello di conoscenza da parte del pubblico americano dei singoli giudici era addirittura calato rispetto agli anni Settanta¹⁷⁵. Il *trend* sembra essersi inver-

¹⁷¹ Cfr. a riguardo le informazioni contenute sul sito istituzionale della Corte Suprema inglese, <https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court.html>.

¹⁷² Sul valore del simbolo e sul simbolo come “istituzione” che garantisce efficacia e fiducia nelle norme di comportamento, G. ZAGREBELSKY, *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza*, Torino 2012.

¹⁷³ R. BIN, *Sull'imparzialità dei giudici costituzionali*, cit., 4015. La stessa Corte costituzionale, sent. n. 100 del 1981, ha ravvisato nel rispetto dei valori di imparzialità ed indipendenza, secondo quanto disposto dagli artt. 101, comma secondo, e 104, comma primo, Cost. e come regola deontologica, il presupposto della considerazione di cui il magistrato deve godere presso l'opinione pubblica.

¹⁷⁴ Si v. R. DAVIS, *Justices and Journalists: the U.S. Supreme Court and the Media*, cit., 19.

¹⁷⁵ R. DAVIS, *op. ult. cit.*, 20. I sondaggi – che negli Stati Uniti coprono ogni aspetto dell'attività e del ruolo istituzionale della Corte Suprema – hanno rivelato che nel 2005 una bassissima percentuale di americani conosceva il Presidente della Corte Suprema Roberts o ne ricordava il nome ed ancor più bassa era la *name recognition* dei singoli giudici.

tito negli ultimi anni a seguito della maggiore esposizione mediatica della Corte Suprema dovuta ad alcune rilevanti pronunce su temi socialmente controversi e per lo scontro politico che ha accompagnato la nomina dei giudici¹⁷⁶. Inoltre, le trasformazioni della comunicazione pubblica hanno prodotto un cambiamento anche nell'approccio degli stessi giudici della Corte Suprema verso i *media*: alcuni giudici hanno esplicitamente manifestato il proprio desiderio di maggiore visibilità e, rompendo la tradizionale riservatezza imposta ai componenti della Corte Suprema hanno dichiarato di voler far sentire personalmente la propria voce anche oltre le loro opinioni nelle sentenze¹⁷⁷. Altri giudici hanno manifestato il desiderio di trasmettere un messaggio di maggior vicinanza ai cittadini¹⁷⁸, mentre una giudice ha acquisito particolare notorietà, divenendo “una vera icona popolare”¹⁷⁹.

In altri ordinamenti si registra un simile cambiamento: in Canada, ad esempio, la nomina della giudice Beverley McLachlin a Presidente della Corte Suprema (2000-2017) ha segnato un netto cambiamento nella relazione con i media e l'opinione pubblica: anche per la personalità della stessa Presidente, le interviste e le conferenze stampa sono divenute lo strumento per comunicare con pubblici specifici (ad esempio, i giovani) e spesso alcune sue esplicite prese di posizione sono state considerate dalla stampa come una violazione delle tradizionali regole di condotta imposte al giudice costituzionale¹⁸⁰.

¹⁷⁶ R. DAVIS, *o ult. cit.*, 24 ss.

¹⁷⁷ Cfr. le dichiarazioni del giudice Scalia, riportate da R. DAVIS, *Justices and Journalists: the U.S. Supreme Court and the Media*, cit., 35 (“[T]hat’s one reason I’ve sort of come out of the closet and – in recent months – done more interviews and allowed my talks to be televised more than I did formerly. I’ve sort of come to the conclusion that the old common law tradition of judges not making public spectacles of themselves and biding in the grass has just broken down. It’s no use, I’m going to be a public spectacle whether I come out of the closet or not”).

¹⁷⁸ Così le dichiarazioni dei giudici Kennedy e Thomas riportate da R. DAVIS, *Justices and Journalists: the U.S. Supreme Court and the Media*, cit., 133 ss.

¹⁷⁹ P. RYAN, *How Ruth Bader Ginsburg became a legit pop-icon*, in *USA Today*, 22 dicembre 2018. Il pensiero va, in particolare, alla Giudice Ruth Bader Ginsburg la cui biografia è divenuta oggetto di un documentario, di un film, di numerosi libri fra cui una nota biografia divenuta un *bestseller* (I. CHAMON, S. KNIZIKH, *Notorious RBG* 2015).

¹⁸⁰ Sul punto S. HARADA, “*The Uncomfortable Embrace. The Supreme Court and the Media in Canada*”, in R. DAVIS, D. TARAS (eds.), *Justices and Journalists. The Global Perspective*, cit., 94 ss. Nel complesso, tuttavia, la Corte Suprema del Canada resta un’istituzione più chiusa ai *media* di altre corti costituzionali. La stessa Presidente ha sottolineato l’inopportunità che i giudici si aprano al confronto con l’opinione pubblica attraverso, ad esempio, i *social media* dal momento che “ciò non aiuterebbe la Corte nello svolgimento del proprio lavoro”.

In Germania, negli ultimi anni, la personalizzazione della giustizia costituzionale e la crescente esposizione mediatica dei giudici del Tribunale Costituzionale federale sono state oggetto di discussione. Alcuni studi hanno, infatti, rivelato che l'attenzione della stampa verso i singoli giudici è cresciuta più dell'attenzione verso il Tribunale come istituzione¹⁸¹, mentre alcune dichiarazioni pubbliche del Presidente hanno suscitato le critiche di parte del mondo politico che le ha ritenute non rispondenti al suo ruolo istituzionale.

L'esposizione mediatica dei singoli giudici è mutata anche nella nostra esperienza. Le iniziative – più volte richiamate, come “i viaggi”, il film che ha documentato queste esperienze o la mostra fotografica sulla Corte costituzionale – hanno accentuato la presenza mediatica dei giudici e del Presidente. In un caso si è resa necessaria anche l'adozione di un comunicato stampa per formulare una secca smentita sia del titolo che dei contenuti di un articolo apparso su un quotidiano che costituivano “un grave travisamento” delle affermazioni dell'allora Vice-Presidente Cartabia e “getta[va]no discredito sull'istituzione”¹⁸².

3) In terzo luogo – se, come si è detto in precedenza, le Corti costituzionali cercano una “sponda” nella pubblica opinione, anche al fine di garantire l'effettività della giustizia costituzionale – si comprende che il rispetto di cui la Corte gode presso l'opinione pubblica e l'autorevolezza delle sue decisioni derivano altresì dalla sua capacità di saper cogliere i cambiamenti sociali e tener conto di essi nella sua attività di interpretazione del dettato costituzionale. Come, infatti, rilevava in passato il Presidente Saja, “la Corte non vive in un mondo a sé stante, ma «opera nella realtà sociale, in quella che è la vita del Paese». Di conseguenza, essa “non può disinteressarsi delle conseguenze concrete, degli effetti reali delle sue pronunce”¹⁸³. La stessa giurisprudenza costituzionale conferma, come si è già ricordato, l'importanza che la Corte ha attribuito all'evoluzione della pubblica opinione in relazione a temi socialmente o eticamente controversi¹⁸⁴, come nel caso dell'adulte-

¹⁸¹ Sul tema, C. HOLTZ-BACHA, *The German Constitutional Court and the Media*, cit., in part. 114 ss. e R. LAMPRECHT, *Kooperation und Konfrontation*, cit.

¹⁸² Si v. Corte costituzionale, Comunicato stampa su articolo de *La Verità*, 28 aprile 2018.

¹⁸³ F. SAJA, *Introduzione ai lavori del Seminario*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Atti del seminario di studi tenuto a Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano 1989, 3.

¹⁸⁴ Si v. ad esempio sent. n. 27 del 1969 in tema di divieto di licenziamento della

rio della moglie¹⁸⁵, nonché all'apprezzamento che a questo riguardo ha svolto dal legislatore¹⁸⁶.

Con ciò, non si intende certo sostenere che la Corte debba ossequiare l'opinione pubblica dominante: lo stesso Presidente emerito Lattanzi, come si è in precedenza ricordato, ha sottolineato che “la Corte deve conoscere le idee, i sentimenti, gli umori che agitano ed eventualmente dominano il Paese”, ma ha aggiunto che non può inseguire gli umori dell'opinione pubblica, se essi “non coincidono con la Costituzione”¹⁸⁷. Né la sintonia con l'opinione pubblica va identificata come conformismo all'opinione maggioritaria: i diritti fondamentali, infatti, sono diritti *contro la maggioranza* e sarebbe errato, oltre che pericoloso, perseguire una conformità della giurisprudenza costituzionale alla “coscienza sociale”, al “comune sentire della maggioranza”¹⁸⁸, poiché ciò inciderebbe non solo sulla terzietà ed imparzialità della Corte, ma al tempo stesso favorirebbe il conformismo e la marginalizzazione di opinioni minoritarie altrettanto rilevanti per la collettività e più rispettose della Costituzione di quella maggioritaria. In questo contesto si intende piuttosto riferirsi al contesto culturale come “insieme di categorie di senso e di valore, vigenti in una determinata società”¹⁸⁹ e, quindi, alla capacità della Corte di farsi custode dei valori comuni espressi nella Costituzione e di interpretarli in rapporto diretto con il corpo sociale¹⁹⁰.

donna a causa del matrimonio (ove la Corte ritiene la disposizione sorretta “ragioni che trovano valido riscontro nella realtà sociale e nella Costituzione”); l'ord. n. 586 del 1988 e la sent. n. 61 del 2006 (in tema di cognome materno in cui la Corte dà atto del superamento di una concezione patriarcale della famiglia); sent. n. 281 del 1994 (sulla diffusione della convivenza *more uxorio*).

¹⁸⁵ Sent. n. 126 del 1968 ed il suo *overruling* della sent. n. 64 del 1961.

¹⁸⁶ Al “comune sentire” dei cittadini, come apprezzato dal legislatore, la Corte si riferisce nella sent. 11 del 1981 (in tema di adozione, su cui anche sent. n. 536 del 1989), nella sent. n. 250 del 2000 (sulla revocazione della donazione); nella sent. n. 47 del 2005 (in relazione all'impianto degli embrioni); nella sent. n. 96 del 1981 (in tema di plagio psicologico). Di “prevalente pensiero” si parla, invece, nella sent. n. 414 del 1995 (in tema di fine vita).

¹⁸⁷ Presidente G. LATTANZI, *La nostra Costituzione è uno scudo per i più deboli*, cit., 6.

¹⁸⁸ Sul tema, per tutti, V. ONIDA, *I diritti umani in una comunità internazionale*, in *Il Mulino*, 2006, 411 ss. in part. 418 e G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna 2017, 208 ss.

¹⁸⁹ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. 1, cit., 111.

¹⁹⁰ E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, cit., 41. È infatti su una lettura del dettato costituzionale, tenuto conto dei mutamenti della realtà sociale, che la Corte costituzionale ha giustificato, nella sent. n. 126 del 1968, il suo *overruling* della sentenza n. 64 del 1961 in tema di adulterio della donna.

L'indagine del modo in cui le pronunce delle corti costituzionali sono influenzate, ma al tempo stesso incidono sul contesto sociale mi condurrebbe lontano dall'oggetto specifico di questa relazione e richiederebbe al tempo stesso una complessa indagine che intrecci la teoria della Costituzione con la riflessione sul modo in cui le corti preservano la propria legittimazione, prevenendo il cd. *judicial backlash*.

Vorrei solo aggiungere alcune considerazioni che sono il frutto della mia attività di ricerca sul ruolo delle corti nel riconoscimento di diritti socialmente controversi ed, in particolare, richiamare un esempio riferito al ruolo delle Corti nel riconoscimento dei diritti delle coppie dello stesso sesso ed, in particolare, del diritto al matrimonio egualitario. Sulla base delle mie riflessioni sulla giurisprudenza delle molte corti costituzionali o supreme che negli ultimi venti anni hanno aperto al riconoscimento di questi diritti, ritengo che si possa affermare che le corti non solo stimolano – con il proprio ruolo antimaggioritario – il cambiamento sociale, ma siano altresì stimulate da esso, in una sorta di «circolo virtuoso» che conduce al progressivo avanzamento dei diritti civili.

In altri termini, anche quando, come accaduto in passato, alcune sentenze delle Corti sono parse del tutto avulse dal contesto sociale e politico (come, ad esempio, quando nel 1993 la Corte Suprema dello Stato delle Hawaii per la prima volta al mondo, aprì al matrimonio *same-sex* nello Stato, suscitando un'accesa reazione popolare e del mondo politico¹⁹¹) le loro affermazioni non “sono cadute nel vuoto”: le considerazioni delle Corti hanno, infatti, costituito uno stimolo per i movimenti sociali, indicando loro le strategie più efficaci con cui proseguire nella lotta, ma hanno al tempo stesso operato una selezione degli argomenti (a favore e contro il riconoscimento dei diritti), così contribuendo progressivamente a “forgiare” il dibattito costituzionale sul loro riconoscimento. Ma, a loro volta, la giurisprudenza costituzionale sui diritti delle coppie dello stesso sesso dimostra che le corti hanno saputo farsi interpreti del cambiamento e cogliere le opportunità offerte dalla crescente sensibilità del mondo politico su tali diritti. In questo modo, quindi, esse – come è avvenuto nel nostro Paese¹⁹² – hanno saputo indicare al legislatore la via da seguire, senza sostituirsi ad esso e, quindi, preservando la propria legittimazione¹⁹³.

¹⁹¹ La sentenza è *Baehr v. Lewin*, 74 Haw 530, 852 P2d 44 (1993).

¹⁹² Si v. sentt. n. 138 del 2010 e 170 del 2014 che hanno costituito la premessa per l'adozione della legge 20 maggio 2016, n. 76 sulla disciplina delle unioni civili e delle convivenze.

¹⁹³ Ho svolto queste riflessioni in *Constitutional Courts, Gay Rights and Sexual Orientation Equality*, Oxford 2017, in part. 80 ss., cui mi sia consentito di rinviare.

9. *Sugli specifici problemi posti dall'uso del comunicato stampa*

Fra gli strumenti di comunicazione della Corte costituzionale che si sono sin qui ricordati, particolarmente rilevante, sia per l'ampiezza che per le implicazioni del suo utilizzo, è il comunicato stampa¹⁹⁴.

Limitandoci in questa sede ai comunicati relativi alla pubblicazione delle decisioni¹⁹⁵, essi non costituiscono una novità: dai primi precedenti dei primi anni 2000, si è tuttavia assistito ad un progressivo potenziamento dell'uso di tale strumento, il cui numero è cresciuto esponenzialmente soprattutto negli ultimi anni, passando da un comunicato del 2005 – o addirittura dalla loro totale assenza dal 2007 al 2014 – sino a 32 comunicati stampa nel 2018¹⁹⁶ e a 38 nel 2019.

Oltre al “classico” comunicato stampa al momento del deposito della pronuncia la Corte ricorre talora, com'è noto, a comunicati più snelli, con cui anticipa il contenuto di pronunce ancora non depositate ma già oggetto di decisione¹⁹⁷. Dal primo comunicato del 1989 contenente un'anticipazione della sent. n. 203 del 1989¹⁹⁸, anche il ricorso a questa tipologia di comunicato si è fatta nel tempo sempre più frequente. Se ne contano, infatti, 14 nel solo 2018.

Diverse sono, è dato presumere, le modalità della loro redazione, con

¹⁹⁴ I comunicati stampa sono reperibili, dal 2003, sul sito della Corte costituzionale (<https://www.cortecostituzionale.it/comunicatiStampa.do>).

¹⁹⁵ La Corte costituzionale pubblica, infatti, ogni anno, accanto ai comunicati relativi alle pronunce di particolare rilievo, tutta una serie di note informative con cui dà notizia all'opinione pubblica di incontri istituzionali ed iniziative culturali che vedono la partecipazione della Corte o dei singoli giudici. Si devono poi ricordare i comunicati con cui la Corte comunica alcune informazioni di particolare rilievo sul piano istituzionale come le dimissioni o il giuramento dei giudici. Su queste tipologie, si v. per tutti la dettagliata analisi di G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta*, cit.

¹⁹⁶ Osserva in particolare G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta*, cit., 248, che peraltro dopo il 2006 si è assistito alla scomparsa di questo strumento dal momento che “nessun comunicato di questo tipo è stato diramato negli anni 2007, 2008, 2009, 2010, 2012, 2013, 2014, mentre solo 1 negli anni 2011, 2015 e 2016”.

¹⁹⁷ Si v. G. D'AMICO, *op. ult. cit.*, 249 che ricorda come “al riguardo, si è assistito ad un sostanziale inutilizzo di questo strumento negli anni in cui la Corte privilegiava i comunicati su decisioni già pubblicate. Abbandonato quest'ultimo tipo di comunicazione, ci si è assestati su una media di 5 comunicati l'anno, concernenti decisioni non ancora depositate e pubblicate, fino all'*exploit* del 2016 (13), seguito da 8 comunicati nel 2017 e da 13 nel 2018”.

¹⁹⁸ Si tratta del comunicato alla pronuncia relativa all'insegnamento della religione cattolica nelle scuole, su cui F. RIGANO, *Sulla divulgazione del dispositivo della sentenza della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino 1990, 208 ss. in part. 212.

la precisazione che la materia è regolata da mere prassi, non essendo stata adottata dalla nostra Corte costituzionale – per quanto ci consta al momento della stesura di questa relazione – alcuna disposizione del Regolamento dei servizi e del personale della Corte costituzionale che disciplini la redazione, l'approvazione e la successiva diffusione del comunicato.

In particolare, per il comunicato reso al momento della decisione e che anticipa il dispositivo si può supporre che, data la delicatezza della comunicazione ed il suo potenziale impatto a livello mediatico, il testo sia condiviso dal collegio al momento dell'udienza in camera di consiglio, con il supporto dell'Ufficio Stampa della Corte (ed in particolare del Responsabile della Comunicazione della Corte costituzionale, incarico che dal 2016 è ricoperto da un giornalista professionista)¹⁹⁹.

Nel caso, invece, dei comunicati relativi all'avvenuto deposito della pronuncia, come ha precisato l'allora Presidente Lattanzi, "la scelta di fare il comunicato viene valutata da tutti i giudici, al momento della lettura collegiale del testo, o anche successivamente dall'estensore e dal Presidente"²⁰⁰. Il criterio di selezione delle pronunce è, ha chiarito lo stesso Presidente emerito, "elastico" nel senso che il comunicato "non si fa per tutte le sentenze importanti, ma quando la sentenza costituisce «una notizia»"²⁰¹. La stesura del testo del comunicato è sempre rimessa al relatore (o ad un suo assistente) ed al Responsabile della comunicazione della Corte; il testo, ed il titolo vengono poi sottoposti alla valutazione finale del Presidente, al fine di garantire che nel comunicato vengano segnalati i passaggi più rilevanti della pronuncia²⁰².

Diverso è, quindi, l'intento delle diverse comunicazioni: se il primo comunicato che anticipa il dispositivo "non si limita più – come dichiarato dallo stesso Presidente Lattanzi –²⁰³ ad anticipare il contenuto del di-

¹⁹⁹ L'incarico è stato ricoperto dal gennaio 2016 dalla dott.ssa Antonella Rampino e dal novembre 2017 ad oggi alla dott.ssa Donatella Stasio.

²⁰⁰ *Relazione del presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sul tema della "Comunicazione istituzionale"*, cit. Di una prassi in parte diversa che in passato vedeva "una gestione sostanzialmente presidenziale" di questa tipologia di attività comunicativa – su espressa indicazione del collegio e con un coinvolgimento di quest'ultimo quando si tratti di riportare un "virgolettato" – dà invece conto l'attenta ricostruzione di G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta*, cit., 251.

²⁰¹ *Relazione del presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sul tema della "Comunicazione istituzionale"*, cit., 4.

²⁰² Sul punto si v. sempre le precisazioni contenute nella Relazione del Presidente, *op. ult. cit.*, 4.

²⁰³ Si v. da ultimo, ad esempio, a riprova di questo intendimento della Corte il comunicato stampa del 18 marzo 2019 dal titolo "*Riscossione locale. La Corte precisa*", in cui la

spositivo, ma cerca di tradurlo in un linguaggio divulgativo e soprattutto di fornire qualche indicazione sulle ragioni della decisione per spiegarne il senso²⁰⁴, il comunicato successivo al deposito ha l'intento di fornire alla stampa e agli stessi cittadini un'informazione il più possibile accurata, ma pur sempre accessibile, sui motivi della decisione prima della pubblicazione della pronuncia in Gazzetta Ufficiale ai sensi degli artt. 136 Cost. e 30 legge n. 87/1953²⁰⁵.

In entrambi i casi, quindi, la Corte intende comunicare “per prima” e fornire un'informazione il più possibile accurata: nel caso dei comunicati “anticipatori”, quindi, si tenta di prevenire “fughe di notizie, incontrollate e spesso pilotate, ma anche manipolazioni o letture superficiali se non strumentali della decisione”²⁰⁶; nel caso, invece, dei comunicati su sentenze già depositate, il proposito è quello di fornire all'opinione pubblica e ai media gli strumenti per comprendere il senso della pronuncia “che può essere anche rappresentata da un passaggio significativo della motivazione, da segnalare e valorizzare per evitare che sfugga alla generalità dei cittadini o sia manipolato oppure strumentalizzato”²⁰⁷.

Si comprende, quindi, come su una stessa pronuncia si assista ad una sovrapposizione di comunicazioni: i comunicati anticipatori, in passato meramente divulgativi del dispositivo, oggi “si sono fatti decisamente più esplicativi”²⁰⁸ e tendono ad avere, oltre ad un contenuto facilmente accessibile, un titolo dal “taglio giornalistico”²⁰⁹ immediatamente comprensibile.

Corte smentisce alcune indiscrezioni di stampa in termini molto netti (“La motivazione non riguarda affatto gli stralci e le rottamazioni delle cartelle 2000-2006 dei Comuni che si erano affidati a società scorporate, ma esclusivamente l'inapplicabilità alle società scorporate del “meccanismo scalare inverso”, che è cosa ben diversa da stralci e rottamazioni”).

²⁰⁴ Relazione del presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sul tema della “Comunicazione istituzionale”, cit., 4

²⁰⁵ Già infatti il A. BALDASSARRE, *Prove di riforma dell'organizzazione e del funzionamento della Corte costituzionale: la mia esperienza*, in P. COSTANZO (a cura di), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, Torino 1996, 17 ss. in part. 24 osservava che lo scopo della comunicazione che si realizza attraverso l'Ufficio Stampa è quello di far sì che la stampa “non prenda lucciole per lanterne” al fine di consentirle di fornire un'informazione il più accurata ai cittadini.

²⁰⁶ Relazione del presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sul tema della “Comunicazione istituzionale”, cit., 3.

²⁰⁷ *Ibidem*, 4.

²⁰⁸ D. CHINNI, *Prime considerazioni su Corte costituzionale e opinione pubblica*, cit., 291.

²⁰⁹ Per tutti, si v. il titolo del comunicato del 10 gennaio del 2019 che anticipa l'ord. n. 17 del 2019 (poi resa nota con comunicato stampa dell'8 febbraio 2019) dal titolo “Inammissibile il conflitto tra poteri sollevato dal PD ma i singoli parlamentari possono ricorrere alla Corte”.

bile ad un pubblico vasto, anche di non addetti ai lavori²¹⁰. I comunicati successivi al deposito della sentenza hanno, invece, un contenuto di natura più puntuale e tendenzialmente più tecnico, per quanto, per esplicita intenzione della Corte negli ultimi anni, parlino anch'essi ad un pubblico non specializzato; in genere essi sono alquanto sintetici, ma non mancano comunicati più articolati ed estesi. È, infine, ricorrente, come si è detto, la citazione di alcuni passaggi ritenuti essenziali della decisione²¹¹.

A questi due livelli di comunicazione, soprattutto negli anni 2016 e 2017, si sono peraltro aggiunte due comunicazioni di natura tecnica, le cd. sinossi (ossia, un estratto dei passaggi essenziali della decisione) o le cd. sintesi (contenenti i termini della questione e la decisione della Corte costituzionale)²¹². Inoltre, occorre ricordare che dal giugno 2017, contestualmente ai ruoli, la Corte pubblica anche l'agenda dei lavori con la quale fornisce una sintesi (a cura dell'Ufficio ruolo) su alcuni casi da lei stessa selezionati e ritenuti di maggior interesse²¹³, così che si può sostenere che oggi “la comunicazione accompagna tutto «il ciclo produttivo» della Corte, dall'arrivo delle questioni di legittimità costituzionale fino al deposito delle sentenze”²¹⁴.

²¹⁰ Lo stesso Presidente G. LATTANZI, nella sua *Relazione in occasione della riunione straordinaria del 21 marzo 2019*, cit., chiarisce che l'intento della Corte è quello di “raggiungere tutte le persone e far conoscere loro le decisioni che possono cambiare in profondità la loro vita. A questo scopo sta gradualmente rafforzando la sua comunicazione esterna, anche accompagnando più spesso le sue decisioni con comunicati che possano renderle più facilmente comprensibili da tutti”.

²¹¹ Cfr. tra i molti esempi, il comunicato stampa con cui si dà notizia, il 24 ottobre 2018 della decisione del caso Cappato (dal titolo “*Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. un anno al parlamento per colmarli*”) da quello successivo al deposito dell'ord. n. 207/2018, del 16 novembre 2018 (dal titolo “*Punibilità dell'aiuto al suicidio: al legislatore la disciplina dei limiti. Le indicazioni della Corte*”) che ha invece una lunghezza di cinque pagine e contiene numerosi virgolettati di passaggi essenziali della decisione, oltre che in premessa una ricostruzione dell'ordinanza del giudice *a quo*. Un altro significativo confronto è quello tra i due comunicati nel caso Taricco: al comunicato del 10 aprile 2018, al momento della decisione (dal sintetico titolo “*Inapplicabile la “regola Taricco” sulla prescrizione*”) hanno fatto seguito il 31 maggio 2018 un più articolato comunicato (“*Frodi UE e prescrizione: la «regola Taricco» è incompatibile con il principio di determinatezza della norma penale*”) e, il 7 giugno 2018 la sua traduzione in lingua inglese (“*EU Fraud and limitation periods: the “Taricco rule” is incompatible with the principle of certainty in criminal law*”).

²¹² Sul punto si v. G. D'AMICO, *Comunicazione e persuasione a Palazzo della Consulta*, cit., 248.

²¹³ A questo riguardo, D. CHINNI, *Prime considerazioni su Corte costituzionale e opinione pubblica*, cit., 285-6.

²¹⁴ *Relazione del presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sul tema della “Comunicazione istituzionale”*, cit., 3.

Tuttavia, nonostante la tendenza della Corte, soprattutto nell'esperienza più recente, a fornire un'informazione il più possibile efficace e accessibile in ogni fase del giudizio, non sono mancate situazioni in cui si sono resi necessari comunicati successivi al fine di fornire ulteriori chiarimenti o a smentire illazioni²¹⁵.

Per tutti può darsi l'esempio del comunicato stampa ("Incostituzionalità della legge elettorale n. 270/2005") con cui la Corte costituzionale rese noto il 14 dicembre 2013 l'esito della decisione sulla legge elettorale n. 270/2005 (cd. legge Calderoli). Il comunicato si limitava a precisare l'avvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme che prevedevano assegnazione del premio di maggioranza sia per la Camera dei Deputati che per il Senato della Repubblica e di quelle concernenti la presentazione di liste elettorali "bloccate" ("nella parte in cui non consentono all'elettore di esprimere una preferenza") e terminava con la precisazione che "le motivazioni saranno rese note con la pubblicazione della sentenza, che avrà luogo nelle prossime settimane e dalla quale dipende la decorrenza dei relativi effetti giuridici. Resta fermo che il Parlamento può sempre approvare nuove leggi elettorali, secondo le proprie scelte politiche, nel rispetto dei principi costituzionali"²¹⁶. La vaghezza di queste affermazioni stimolò una serie di illazioni circa la "illegittimità" dei deputati eletti grazie al premio di maggioranza e, conseguentemente, dell'intero sistema costituzionale²¹⁷, nonché a mettere in discussione lo stesso potere del Parlamento di approvare una nuova legge elettorale. Ne seguirono ulteriori indiscrezioni circa l'emergere di tensioni interne alla stessa Corte in merito alle modalità di adozione del comunicato²¹⁸,

²¹⁵ Si v. ad esempio, il comunicato stampa del 18 marzo 2019 a rettifica di alcune illazioni apparse in articoli di stampa in merito alla sent. n. 51 del 2019 in materia di riscossione locale.

²¹⁶ La sentenza è la n. 1/2014.

²¹⁷ Da parte della dottrina costituzionalistica si ipotizzò infatti che "dal giorno della pubblicazione della sentenza il Parlamento [fosse] esautorato perché eletto in base ad una legge dichiarata incostituzionale". Una rassegna stampa degli interventi è stata pubblicata sul sito *Consulta online* (http://www.giurcost.org/cronache/cronache_dalla_Corte.html). Sul dibattito per un esame delle questioni che furono sollevate circa la costituzionalità della legge elettorale ed il ripristino della legalità costituzionale si v. A. GRAGNANI, *La distinzione tra diritto e potere nello stato di diritto costituzionale: il comunicato stampa "Incostituzionalità della legge elettorale n. 270/2005" ed il "canone di adeguatezza funzionale"*, in *Consulta Online*.

²¹⁸ Un articolo ben informato diede conto di "una lettera di fuoco" indirizzata al Presidente della Corte da parte del Vicepresidente, mentre apparve sul Corriere della Sera, nello stesso giorno, un'irrituale intervista ad uno dei giudici contenente indiscrezioni sulla futura sentenza e sull'andamento dei lavori collegiali.

tanto che il 6 dicembre 2013²¹⁹ la Corte emise un secondo comunicato al fine di precisare “che l’Organo di Giustizia costituzionale si esprime unicamente attraverso i propri atti collegiali e le dichiarazioni ufficiali del suo Presidente” rinviando, quanto agli effetti della sentenza, alle dichiarazioni già espresse nel precedente comunicato²²⁰.

In dottrina si sono poi, in più occasioni, rilevate le incertezze derivanti da differenze terminologiche tra il comunicato che anticipa la decisione e quello reso successivamente al momento del deposito, oppure tra i comunicati ed il testo della motivazione: ne sono un esempio i due comunicati – rispettivamente del 24 ottobre e del 18 novembre 2018 – relativi all’ordinanza n. 207 del 2018 sul cd. caso Cappato²²¹ in merito ai quali si è ravvisata in dottrina la volontà della Corte di lasciarsi volutamente aperti spazi di manovra per le scelte successive²²², ma anche i due comunicati – del 10 gennaio e dell’8 febbraio 2019 – relativi al conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato dichiarato inammissibile con l’ordinanza n. 17/2019, in merito ai quali si è rilevata una difformità con il contenuto effettivo della pronuncia²²³.

Tuttavia, anche al di là dell’analisi sui singoli comunicati, viene da chiedersi quali effetti determini una sovrabbondanza di comunicazioni sulla questione oggetto del giudizio. Già a commento del primo comunicato “anticipatorio” sulla citata sent. n. 203 del 1989, in dottrina si osservò come “la mancata conoscenza della motivazione finisce con il creare confusione nei cittadini – e negli operatori – a causa dell’incertezza sull’effettiva portata della sentenza preannunciata”, ma soprattutto che “il fatto

²¹⁹ Comunicato stampa del 6 dicembre 2013, “*Precisazioni della Corte costituzionale*”.

²²⁰ Altrettanto articolate discussioni hanno suscitato i comunicati stampa relativi ad attività non giurisdizionali della Corte, come quelli contenenti gli annunci di dimissioni (o di supposte dimissioni) dei giudici della Corte. Di queste vicende fra cui in particolare quella riguardante le dimissioni del Presidente Crisculo dall’incarico di Presidente della Corte ma non di giudice, annunciate con comunicato stampa ma di cui non fu data notizia dell’effettiva presentazione né dell’accettazione, dà conto D. CHINNI, *Prime considerazioni su Corte costituzionale e opinione pubblica*, 289 ss.

²²¹ Sul cd. caso Cappato, prima dell’udienza del 24 settembre, la Corte è peraltro intervenuta con un terzo comunicato volto a smentire alcune illazioni circa una telefonata del Presidente della Repubblica al Presidente della Corte costituzionale (comunicato del 19 settembre 2019, “*Caso Cappato: falsa la notizia di una telefonata del Presidente della Repubblica al Presidente della Corte*”).

²²² Si v. a riguardo i contributi pubblicati nel *Forum sull’ordinanza Cappato. In attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019 (www.gruppodipisa.it).

²²³ Si v. in particolare le considerazioni di E. MALFATTI nel citato *Forum sull’ordinanza Cappato*.

che la motivazione non esista” possa “rendere concreto il pericolo che commenti provocati dalla anticipazione del dispositivo influenz[ino] in modo determinante l’argomentazione svolta nella motivazione”²²⁴.

Se, per quanto riguarda gli effetti *interni* alla Corte del comunicato, non si può non vedere con favore l’attuale coinvolgimento del collegio nella decisione di redigere un comunicato “anticipatorio”, più complessa appare la questione sugli effetti che il comunicato, in particolare quello anticipatorio, produce sui cittadini e tutti gli operatori giuridici.

Sebbene infatti, com’è ben noto, la dottrina maggioritaria sia concorde nel ritenere che la pubblicazione della sentenza coincida con la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale²²⁵ e che, quindi, il comunicato sia da ritenersi “giuridicamente privo di qualsiasi efficacia”, è evidente che il comunicato – in particolare quello anticipatorio – “eserciti un’evidenza influenza “di fatto” sugli operatori giuridici ed in particolare sui giudici chiamati a far applicazione di una legge della dichiarazione di incostituzionalità hanno avuto in via ufficiale notizia dalla stessa Corte costituzionale”²²⁶. Pertanto, come rilevato in dottrina, “dalla conoscenza della dichiarazione di incostituzionalità attraverso l’anticipata divulgazione della decisione, discende un corrispondente dovere di negare l’applicazione o l’esecuzione dell’atto incostituzionale o di omettere comportamenti contrari al *decisum*, nei termini resi noti dal comunicato come necessari ad assicurare la pienezza degli effetti della futura sentenza”²²⁷.

Ne consegue, quindi, che sarebbe, a mio giudizio, errato ritenere che il comunicato possa esplicare unicamente effetti comunicativi ed informativi verso l’opinione pubblica ed i media. A mio parere, sarebbe quindi auspi-

²²⁴ RIGANO, *Sulla divulgazione del dispositivo della sentenza della Corte costituzionale*, cit., 212.

²²⁵ Sul punto per tutti E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 151; G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, vol. II *Oggetto, Procedimenti, Decisioni*, Bologna 2007, 186. *Contra*, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2012, 245 ss.; A. PACE, *Osservazione sulla pubblicazione delle sentenze di accoglimento*, in *Giur. Cost.*, 1965.

²²⁶ E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *op. ult. cit.*, 151.

²²⁷ A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della corte costituzionale? sugli «effetti preliminari» della dichiarazione d’incostituzionalità*, in *Consulta Online*, n. 2/2013, 17 maggio 2013, 9 ss. la quale, muovendo dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesche, conclude che “i comunicati «anticipatori» producono, allora, effetti analoghi a quelli propri dei provvedimenti cautelari pronunciati sulla base di una prognosi certa (o altamente probabile) dell’esito del giudizio, che impongono ai destinatari di evitare il compimento di «fatti compiuti» pregiudizievoli degli effetti della preannunciata decisione, ovviamente, senza sostituirla”.

cabile che la Corte evitasse nei titoli dei comunicati anticipatori – per quanto di immediata percezione per l’opinione pubblica – di fare uso di parole o espressioni del linguaggio comune che possano ingenerare fraintendimenti e, comunque, fornire un’immagine distorta degli intenti della comunicazione pubblica. Inoltre, per prevenire illazioni o ingenerare incertezze negli operatori giuridici occorrerebbe evitare discordanti formulazioni tra il comunicato che precede e quello che segue il deposito. È vero, infatti, che i comunicati, come opportunamente sottolinea il Presidente, “non possono (e non devono) essere scritti come sentenze”²²⁸, ma è altresì vero che non sempre “semplicità del linguaggio, la sinteticità dei comunicati e della loro titolazione” consentono di “evitare fraintendimenti”²²⁹.

Inoltre, la Corte potrebbe prendere in considerazione l’adozione di una disciplina dettagliata circa le modalità di formazione, approvazione e diffusione del comunicato. Ciò garantirebbe non solo maggiore trasparenza su “tutto il ciclo produttivo”²³⁰ della Corte che oggi la comunicazione tende a coprire, ma consentirebbe di rafforzare proprio quella credibilità e completezza della comunicazione che, nelle parole del Presidente Lattanzi, ne costituiscono “la forza”²³¹.

Pur nelle differenze riguardanti le competenze delle singole corti, potrebbe essere preso a modello l’esempio tedesco ove, come si è in precedenza ricordato, il regolamento disciplina le modalità di redazione, approvazione e diffusione del comunicato²³².

10. Alcune considerazioni conclusive

Nella mia analisi delle trasformazioni che il rapporto tra Corte costituzionale ed opinione pubblica sta attraversando negli ultimi anni ho

²²⁸ *Relazione del presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sul tema della “Comunicazione istituzionale”*, cit., 3.

²²⁹ *Ibidem*.

²³⁰ L’espressione è ancora tratta dalla *Relazione del presidente della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi sul tema della “Comunicazione istituzionale”*, cit., 3.

²³¹ *Ibidem*.

²³² Si v. il Regolamento di procedura del Tribunale costituzionale federale (*Geschäftsordnung des Bundesverfassungsgerichts vom 19. November 2014* (BGBl. 2015 I S. 286), in part. §§ 17 e 32 (consultabile all’indirizzo https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgo_2015/BVerfGGO_2015.pdf) ove si prevede in particolare che “le informazioni ufficiali sulle decisioni adottate devono essere approvate dal relatore membro del Senato e dal presidente e possono essere pubblicate solo se la decisione è stata comunicata alle parti del procedimento” (art. 32).

tentato di dimostrare – muovendo dalla voce stessa della Corte, espressa attraverso le sue comunicazioni “ufficiali” (comunicati e relazioni dei Presidenti) o le dichiarazioni “informali” dei suoi componenti – come il dibattito attuale sconti molte delle ambiguità che già in passato hanno stimolato il confronto sul ruolo della Corte e, quindi, sulla oscillazione della sua funzione tra un’anima politica ed un’anima giurisdizionale.

A queste ambiguità si sommano quelle relative al concetto stesso di “opinione pubblica”: si tende, infatti, a leggere il rapporto dell’opinione pubblica con gli organi di garanzia²³³ così come essa è stata costruita con l’emergere del governo rappresentativo, per cui l’opinione pubblica svolgerebbe una funzione di “integrazione sociale e consenso”, unificando i comportamenti pubblici verso decisioni di natura politica; o sarebbe espressione degli interessi di parte e, quindi, stimolo per la competizione politica. In altri termini, si esalta una lettura dell’opinione pubblica come fonte di legittimazione, secondo quella concezione che si deve a Rousseau e secondo cui l’*opinion générale*, integrando la ragione pubblica o volontà generale espressa attraverso il voto, conferirebbe ulteriore legittimazione e sostegno al sistema politico²³⁴.

Pur nella novità derivanti dai mezzi di comunicazione adottati, dalla diffusione e pervasività dei contenuti trasmessi all’opinione pubblica e, come si è sottolineato, dal carattere diretto e dialogico della stessa comunicazione, mi pare che restino ancora valide le considerazioni del mio Maestro, Alessandro Pizzorusso, che – proprio muovendo da quelle ambiguità che sono conseguenza della scelta (o alla non scelta, se si preferisce) del modello di giustizia costituzionale da parte del nostro Costituente – sottolineava che “il ruolo della magistratura e della Corte non risulterebbero molto diversi poiché, alla luce del principio della separazione dei poteri – così come esso è stato inteso in Europa – in una forma di governo parlamentare monista né l’una né l’altra partecipano al flusso principale dell’attività di formazione dell’indirizzo politico che nasce dal corpo elettorale, e passa attraverso il Parlamento ed il Governo seguendo

²³³ Ho approfondito il rapporto tra Capo dello Stato e opinione pubblica ed in particolare le conseguenze che ne derivano sulla sua responsabilità in *La responsabilità del Presidente della Repubblica*, cit., cui sia consentito di rinviare.

²³⁴ Su integrazione e consenso e, quindi, sul ruolo dell’opinione pubblica nella società moderna, parallelamente all’emergere del governo rappresentativo, N. URBINATI, *Democrazia sfigurata*, cit., ma si v. anche A.I. ARENA, *Sfera pubblica è democrazia (note minime su opinione pubblica e libertà di manifestazione del pensiero in politica)*, cit. In tal senso anche la sent. n. 112 del 1993 che interpreta l’opinione pubblica come presupposto della democrazia, nonché le sentt. nn. 155 del 2002 e 230 del 2012.

il rapporto elettorale ed il rapporto di fiducia”.²³⁵ Alla Corte costituzionale – concludeva dunque Pizzorusso – spetterebbe quindi “fornire quel particolare apporto culturale che i giudici hanno dato in ogni tempo e in ogni luogo alla condotta degli affari pubblici, a supporto o a moderazione delle spinte più propriamente qualificabili come politiche”.²³⁶

Tale apporto culturale oggi si arricchisce proprio nel dialogo e nel rapporto diretto con l’opinione pubblica: in essa, quindi, la Corte non troverebbe la sua fonte di legittimazione, ma, al contrario, nuove forme per svolgere un “ruolo collaterale”²³⁷ rispetto agli organi politici, per operare – per richiamare ancora Pizzorusso – “di rincalzo” rispetto ad essi e “correggere il flusso principale o per rimmetterlo in moto ove si arresti”²³⁸.

Tuttavia, non si può negare che proprio in questa attività di stimolo – per quanto volto alla conservazione dei valori costituzionali svincolati dalla politica contingente – si ponga la sottile linea di confine tra attività “giurisdizionale” e quella più propriamente qualificabile come “politica”.

Il rapporto con l’opinione pubblica, il contatto diretto con il «Paese reale» e, quindi, con le sue istanze e sollecitazioni, accentua il rischio che la Corte possa “cedere alla tentazione del consenso popolare”, divenendo “agente di una parte politica”.²³⁹

La Corte ha, quindi, intrapreso un percorso che la chiama ad una nuova consapevolezza del proprio ruolo e della propria responsabilità, sia individuale che collettiva²⁴⁰.

Individuale, perché se l’autorevolezza della Corte si basa, come si è sottolineato, anche sul prestigio dei singoli giudici su di essi deve gravare l’impegno a rifuggire, nelle occasioni di contatto e vicinanza con l’opinione pubblica, dal trasmettere all’opinione pubblica un messaggio personale invece che farsi portavoce dell’opinione dell’istituzione nel suo complesso.

Collettiva, perché la Corte, attraverso tutti gli strumenti di comunicazione di cui si è dotata, non deve cedere alla tentazione di veicolare un

²³⁵ A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, cit., col. 119.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ Si v. M. DOGLIANI, *La sovranità (perduta?) del Parlamento e la sovranità (usurpata?) della Corte costituzionale*, in ROMBOLI (a cura di), *Il pendolo della Corte*, cit., 75 ss. in part. 81 ss.

²³⁸ A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, cit., col. 120.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ Sulle conseguenze sul piano individuale e collettivo che pone il rapporto con l’opinione pubblica, A. PUGIOTTO, *La Corte costituzionale e i cittadini*, cit., 23.

messaggio volto a stimolare un consenso non sul senso complessivo del proprio ruolo, ma sulle singole questioni su cui è chiamata ad intervenire.

La sfida che dovrà, quindi, affrontare, anche al fine di preservare la propria legittimazione, è quella di ricercare il giusto equilibrio tra trasparenza e riservatezza, vicinanza ed opportuna distanza dall'opinione pubblica.

11. Post-scriptum: *l'apertura della Corte costituzionale alla società civile nella recente modifica delle norme integrative*

Dopo la chiusura del presente scritto per la sua pubblicazione, con comunicato stampa dell'11 gennaio 2020, la Corte costituzionale ha annunciato la modifica delle Norme integrative²⁴¹ al fine di consentire alla società civile di “far sentire la propria voce sulle questioni di costituzionalità”²⁴². Su questi sviluppi chi scrive si riserva di tornare più approfonditamente in un futuro lavoro, ma rileva sottolineare, come emerge dal testo dello stesso comunicato stampa, che anch'essi possono essere ricondotti all'intento della Corte costituzionale di “aprirsi all'ascolto della società civile”.

La novità che più rileva ai fini del presente studio è costituita dall'apertura ai cd. *amici curiae* (art. 4-ter²⁴³), al fine di consentire a “qualsiasi formazione sociale senza scopo di lucro e a qualunque soggetto istituzionale, se portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità”, di depositare – entro venti giorni dalla pubbli-

²⁴¹ Delibera dell'8 gennaio 2020 pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 22 gennaio 2020.

²⁴² Sulla revisione delle Norme integrative si v., tra i primi commenti, T. GROPPI, *Nuovo corso della Consulta sotto il segno della trasparenza*, in *Lavoce.info*, 17 gennaio 2020; S. FINOCCHIARO, *Verso una giustizia costituzionale più “aperta”: la Consulta ammette le opinioni scritte degli “amici curiae” e l'audizione di esperti di chiara fama*, in *Sistemape-nale.it*, 23 gennaio 2020; A. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amicus curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritti Comparati*, 23 gennaio 2020; A. SCHILLACI, *La “porta stretta”: qualche riflessione sull'apertura della Corte costituzionale alla “società civile”*, in *Diritti Comparati* (31 gennaio 2020); P. RIDOLA, *La Corte si apre all'ascolto della società civile*, in *Federalismi.it*, editoriale del 22 gennaio 2020.

²⁴³ Art. 4-ter, comma 1, Norme Integrative: “Entro venti giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, le formazioni sociali senza scopo di lucro e i soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità, possono presentare alla Corte costituzionale un'opinione scritta.

cazione dell'ordinanza di rimessione nella Gazzetta Ufficiale – “brevi opinioni scritte per offrire alla Corte elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso sottoposto al suo giudizio”²⁴⁴. Il successivo comma 5 precisa che gli *amici curiae* “non assumono qualità di parte nel giudizio costituzionale, non possono ottenere copia degli atti e non partecipazione all’udienza”. La nuova disposizione (comma 2) fissa una lunghezza contenuta (massimo 25.000 battute) per l’opinione scritta, la quale viene sottoposta ad un vaglio di ammissibilità del Presidente. Questi, infatti, sentito il relatore, potrà ammettere le opinioni scritte che “offrono elementi utili alla conoscenza ed alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità” (comma 3). Il Presidente si pronuncia sull’ammissibilità delle opinioni scritte con decreto (comma 3) trasmesso alle parti costituite trenta giorni prima dell’udienza (o della adunanza in camera di consiglio) e pubblicato sul sito della Corte costituzionale (comma 4).

Le modifiche riflettono, quindi, l’esigenza della Corte di bilanciare le opposte esigenze di trasparenza e chiusura, di vicinanza ed opportuna distanza dalla società civile, obiettivo che – come chiarito nelle pagine che precedono – costituisce la maggior sfida con cui la Corte dovrà misurarsi nel suo nuovo percorso. Per quanto sarà la prassi a rivelare quanto l’apertura agli *amici curiae* sia efficace all’instaurazione di una collaborazione tra Corte e società civile, chi scrive vede con favore la scelta della Corte di filtrare le opinioni scritte depositate, tenuto conto della loro *utilità* per la conoscenza e la valutazione del caso. Si tratta peraltro di una soluzione in linea con quella accolta in altri ordinamenti, ove si sottolinea come compito dell’*amicus curiae* sia quello di portare all’attenzione della Corte elementi che siano di *aiuto* alla comprensione del caso (v. art. 37 delle *US Supreme Court Rules*²⁴⁵) e che non emergono (in tutto o in parte) dagli atti processuali²⁴⁶ oppure – con riferimento all’*amicus curiae* portatore di un interesse qualificato inerente, in modo diretto ed immediato, a quello

²⁴⁴ Così il comunicato stampa dell’8 gennaio 2020.

²⁴⁵ Rule 37, US Supreme Court Rules: “An *amicus curiae* brief that brings to the attention of the Court relevant matters not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An *amicus curiae* brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored”.

²⁴⁶ Sulla trasformazione del ruolo dell’*amicus curiae* da «amicus» ad «advocate», si v. T. GROPPI, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale italiana*, in *Consulta Online*, 4 marzo 2019; ID., *Verso un giudizio costituzionale «aperto»? Riflettendo su interventi di terzi e amici curiae di fronte alle sfide per la giustizia costituzionale nel XXI secolo*, in *Quad. Cost.*, 2019, 371 ss.

oggetto del giudizio – “di dare risalto, pubblicità o credibilità al caso o ad una specifica questione”²⁴⁷.

È auspicabile, quindi, che la novità produca una “chiamata alla partecipazione”²⁴⁸ dei molteplici soggetti, portatori di interessi diffusi, inerenti la questione di legittimità costituzionale (la sola tipologia di *amicus curiae* ammessa dalla modifica dall’art. 4-ter), consentendo loro di far sentire a pieno titolo la propria voce e di uscire dall’incerta qualificazione in cui le maglie strette della procedura li avevano in passato confinati. D’altro canto, per quanto attiene al ruolo della Corte, il confronto con la società civile nel processo (e con gli esperti ammessi ai sensi dell’art. 14-bis delle stesse Norme integrative) potrebbe concretamente contribuire ad offrire alla pubblica opinione maggiore visibilità e consapevolezza del ruolo della Corte e dell’impatto delle sue decisioni nel «Paese reale», obiettivo che – come si è sottolineato nelle pagine di precedenza – costituisce probabilmente la principale motivazione della trasformazione della comunicazione istituzionale del nostro organo di giustizia costituzionale.

Tuttavia, la Corte dovrebbe abilmente “dosare” il proprio grado di apertura al fine di scongiurare le conseguenze negative che in altri ordinamenti ha prodotto il grande successo della figura dell’*amicus curiae*, ove la partecipazione di tale tipologia di soggetti ha finito per essere spesso sollecitata dalle stesse parti²⁴⁹: un’eccessiva sproporzione nella capacità delle parti di “attrarre consenso” per le proprie posizioni, soprattutto ove vengano in considerazione temi socialmente controversi, potrebbe infatti tradursi in una disparità tra le parti del giudizio *a quo* o, ancor peggio, acuire il rischio di una politicizzazione del giudizio di legittimità costituzionale.

²⁴⁷ A. WIJK, *Amicus curiae before international courts and tribunals*, Heidelberg e Oxford 2018, 87.

²⁴⁸ A.M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale*, cit.

²⁴⁹ M. SCHACHTER, *The utility of pro-bono representation of US-based amicus curiae in non-US and multi-national courts as a means of advancing the public interest*, in 28 *Fordham International Law Journal* 89 (2004), 90.

SAGGI

Franco Modugno

VECCHIE E NUOVE QUESTIONI IN TEMA DI GIUSTIZIA COSTITUZIONALE. IL SUPERAMENTO DELL'INSENSATO DUALISMO TRA (SEMPLICE) LEGALITÀ E COSTITUZIONALITÀ*

SOMMARIO: 1. A mo' di introduzione – 2. Le sentenze-leggi della Corte costituzionale in un (ormai) risalente scritto di Gustavo Zagrebelsky – 3. Le sentenze c.d. manipolative quale espressione della vocazione del sindacato di costituzionalità – 4. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità: l'interpretazione conforme a Costituzione – 5. La centralità dei casi come problemi umani. A proposito delle riflessioni di Angelo Ermanno Cammarata e Gustavo Zagrebelsky – 6. Stato di diritto, stato costituzionale di diritto e il rapporto fra legalità legale e legalità costituzionale.

1. *A mo' di introduzione*

Il titolo del convegno del quale sono chiamato a proporre le riflessioni conclusive, “Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale”, mi ha riportato alla memoria le relazioni che io e l'amico Gustavo Zagrebelsky, che mi ha invitato qui oggi, abbiamo tenuto nel celebre convegno fiorentino *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, i cui atti sono stati poi pubblicati nell'omonimo volume¹.

Seppur con diversità di impostatura, di prospettiva e di esiti, al fondo, le nostre relazioni si occupavano e ragionavano delle (apparenti e prive di fondamento per me, concrete per l'amico Zagrebelsky) sofferenze dell'esperienza della giustizia costituzionale nei primi venticinque anni di attività della Corte.

Andando a rileggere i nostri scritti mi sono reso conto di come i problemi della giustizia costituzionale siano rimasti, in larga parte, gli stessi,

* Contributo non sottoposto a procedimento di revisione, ai sensi dell'art. 2, comma 5, del Regolamento della Rivista.

¹ P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo italiana*, Bologna 1982.

seppur abbiano assunto sembianze nuove, potendo peraltro significativamente rilevare come le nostre posizioni, distanti in quegli anni, si siano fatte sempre più vicine.

Non mi occuperò dei nuovi problemi della giustizia costituzionale (o delle nuove sembianze dei vecchi problemi) – detto con le parole degli organizzatori, delle sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale oggi – ma di quella sofferenza di fondo, che accompagna la Corte costituzionale fin dalla sua ideazione in Assemblea costituente, che scaturisce dalla distinzione fra livello legale e livello costituzionale. Una distinzione alla luce della quale il Costituente aveva pensato il rapporto tra la Carta fondamentale e la legislazione, ponendo però le basi per il suo stesso superamento attraverso l'adozione di una Costituzione fondata sui valori.

2. *Le sentenze-leggi della Corte costituzionale in un (ormai) risalente scritto di Gustavo Zagrebelsky*

Nella relazione al Convegno fiorentino² Gustavo Zagrebelsky affrontava, riprendendo quanto già diffusamente aveva sostenuto nell'edizione del Manuale di Giustizia costituzionale del 1977, lo specifico tema del «*ruolo normativo* della Corte costituzionale, nel duplice significato di *produzione* immediata di regole di diritto non legislativo e di *partecipazione* al processo legislativo»³.

Veniva criticata, infatti, la più nota giustificazione alle sentenze-legge della Corte costituzionale, la dottrina delle rime obbligate, poiché si riteneva che, anche «ad ammettere che la norma 'aggiunta' sia in realtà già presente nell'ordinamento, sia pure allo stato implicito, non mi pare che se ne possa far discendere il potere della Corte di *indicarla vincolativamente*».

Anche perché si aggiungeva (con il noto dilemma già espresso nel manuale del 1977⁴): «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»⁵.

² G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il Legislatore*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *op. cit.*, 103 ss.

³ *Ivi*, 103.

⁴ G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977, 161.

⁵ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il Legislatore*, *cit.*, 109.

Su tali presupposti, Zagrebelsky riteneva che la giurisprudenza legislatrice della Corte costituzionale dovesse essere riguardata non «in una sola prospettiva, bensì in due», corrispondenti «a due possibili funzioni politico-istituzionali delle sentenze-legge»⁶.

Il primo tipo di sentenze-legge, quelle della «Corte-legislatore»⁷, vengono adottate per supplire all'inadempienza del legislatore o detto altrimenti per «aggirare uno scoglio che si considera insuperabile, l'inerzia del legislatore»⁸. Tale tipo di pronunce sono criticate in quanto «sanciscono una dislocazione impropria di potere normativo, favorendo [peraltro] il disimpegno del legislatore, per di più con palliativi spesso infelici, data l'obiettivo limitatezza degli strumenti di cui dispone la Corte»⁹.

Di qui, concludeva Zagrebelsky, l'esigenza di ristabilire i «ruoli costituzionalmente dovuti» e il conseguente e progressivo abbandono «di questo tipo di pronunce anomale e gregarie attraverso un uso più deciso della sentenza di accoglimento puro e semplice ed il rinvio del problema legislativo conseguente alla responsabilità del legislatore»¹⁰.

Il secondo tipo di sentenze-legge, quelle mediante le quali la Corte opera come co-legislatore, sono, invece, «lo strumento pratico con il quale la Corte 'coglie un'occasione' per affermare una propria scelta legislativa, senza che ciò abbia a che vedere con l'intento di colmare un vuoto conseguente alla dichiarazione di incostituzionalità»¹¹. Queste pronunce sono «il prodotto di una prepotenza (in senso etimologico) della Corte rispetto al potere legislativo, un colpo di mano in un territorio che non le è affidato»¹².

Se il primo tipo è l'espressione di una supplenza, le seconde si sostanziano in uno «straripamento di potere della Corte»¹³.

A me pare che la categorizzazione di questo secondo tipo di decisioni sia il frutto di una estremizzazione, poiché, nel presentare tale tipologia decisoria, Zagrebelsky riporta un solo caso, la sentenza n. 219 del 1975, con la quale la Corte estese ai professori universitari il trattamento economico dei funzionari dello Stato di carriera direttiva. Lo stesso autore riconosce, infatti, la «solitudine» della pronuncia «l'unica che mi pare

⁶ Ivi, 115.

⁷ Ivi, 103.

⁸ Ivi, 118.

⁹ Ivi, 121.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Ivi, 122.

¹² Ivi, 124.

¹³ Ivi, 126.

dimostrare indiscutibilmente quanto sto svolgendo»¹⁴, pur se la ritiene significativa.

Su tali basi ritengo, infatti, che – anche alla luce degli sviluppi successivi – questo atteggiamento della Corte sia stato senz'altro contenuto e, di conseguenza, la seconda tipologia decisoria tratteggiata da Zagrebelsky del tutto marginale.

Ma su queste considerazioni non voglio qui soffermarmi e ritorno, per concludere, sulle posizioni che Zagrebelsky prospetta per contenere lo straripamento messo in atto dal giudice delle leggi in tali ipotesi: «[n]el caso di sentenze-legge espressive della preoccupazione di non incorrere nella difficoltà derivante dall'inerzia legislativa, si è indicata, come via di uscita della supplenza, la sentenza di accoglimento puro e semplice. Nel caso invece di sentenze-legge strumentali ad una autonoma politica legislativa della Corte, la via di uscita sta nelle sentenze di rigetto puro e semplice. Più coraggioso nell'un caso, più cautela nell'altro»¹⁵.

In buona sostanza, rifacendosi al modello kelseniano del giudice costituzionale quale legislatore negativo, Zagrebelsky proponeva di ritornare all'alternativa secca alla quale si era (ingenuamente?) ispirata la normativa attuativa delle disposizioni costituzionali sulla Corte costituzionale: accoglimento (secco) o rigetto.

In estrema sintesi questo è quanto l'amico Zagrebelsky sosteneva all'epoca. Più avanti dimostrerò come si sia avvicinato a quella che era la mia posizione fin da allora.

Non ripercorrerò con lo stesso intento analitico le posizioni che espressi in quel convegno, anche se le cose che oggi dirò sono in linea (almeno nell'impostatura teorica) con quanto allora dissi.

3. *Le sentenze c.d. manipolative quale espressione della vocazione del sindacato di costituzionalità*

Ho sempre ritenuto¹⁶ che il controllo di costituzionalità, come garan-

¹⁴ Ivi, 123.

¹⁵ Ivi, 126.

¹⁶ Qui ripropongo in larga parte considerazioni già svolte nel mio *La supplenza della Corte costituzionale*, Relazione presentata al convegno "Il ruolo del giudice: le magistrature supreme", tenutosi nei giorni 18 e 19 maggio 2007 all'Università degli Studi Roma Tre, Facoltà di giurisprudenza e successivamente proposta nel mio *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 107 ss.

zia della superiorità-supremazia della Costituzione, non si debba risolvere in una secca approvazione o disapprovazione della legge sottoposta al suo controllo. Se è vero che in tali termini il giudizio di costituzionalità sembri essere stato prefigurato o configurato dal Costituente, non può escludersi che, nel suo concreto esercizio, esso abbia manifestato, rivelato, la sua più autentica “natura”, che trascende il puro e semplice raffronto semantico tra enunciati (rispettivamente costituzionale e legislativo), al fine di rilevare la mera disformità-non disformità dell’uno rispetto all’altro, per assorgere a valutare *il grado di conformità* della normativa legislativa al parametro costituzionale.

Nel convegno fiorentino rilevavo come, pur avendo optato per il modello accentratore del controllo di costituzionalità, nel nostro ordinamento costituzionale non abbia trovato del pari attuazione l’idea kelseniana del giudice costituzionale quale legislatore negativo, ma si sia imposta l’idea di una Corte costituzionale quale autentico interprete di una già compiuta (anche se suscettibile di attuazione, svolgimento e sviluppo) “volontà” del costituente¹⁷.

In altri termini nel disegno costituente *la specialità del giudice costituzionale* è richiesta principalmente dal fatto che la sua funzione è concepita come rivolta a desumere, sia pure non arbitrariamente ma in via interpretativa, la norma “giusta” più che non limitata a verificare se, nell’ambito delle soluzioni consentite dalla Costituzione, il legislatore abbia mantenuto le sue scelte¹⁸.

«La giustificazione principale del sindacato accentratore [...] era rappresentata dall’idea della politicità e programmaticità della Costituzione [...] a fronte della quale la legge ordinaria, espressione del Parlamento sovrano e fonte primaria per eccellenza dell’ordine legale, manteneva una sua separata primazia e validità»¹⁹.

Di qui il dualismo tra legalità costituzionale e legalità legale sul quale ritornerò fra breve.

D’altra parte, se l’occasione offerta dalle decisioni interpretative (di rigetto o di accoglimento) e poi dalle decisioni aggiuntive e sostitutive, aveva indotto, a suo tempo, una cospicua parte dei commentatori a ricollegarle soprattutto al timore della Corte di determinare con accoglimenti “secchi”, incondizionati, spazi vuoti (lacune) di disciplina legislativa, in-

¹⁷ F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *op. cit.*, 26.

¹⁸ *Ivi*, 28.

¹⁹ *Ivi*, 31.

somma all'*horror vacui*, in realtà quelle decisioni già mostravano, a mio avviso, sia pur timidamente, una diversa "vocazione" del sindacato di costituzionalità, rivolto a misurare il *quantum* di conformità della legislazione ai valori costituzionali.

In altri termini, la funzione paralegislativa della Corte non può ridursi nei limiti della supplenza²⁰, nei confronti del legislatore inerte o assente, essendo, al contrario, un modo, intrinseco e corretto, del potere di svolgere il sindacato di costituzionalità.

L'adozione delle pronunce c.d. manipolative è dettata, infatti, dalla complessità e dalla gradualità intrinseca al raffronto tra legislazione e Costituzione, tra enunciati legislativi, da un lato, e norme e principi costituzionali, dall'altro.

Su tali presupposti, il controllo di costituzionalità non può risolversi nella mera eliminazione della legge incostituzionale, poiché esso è sempre più proteso – come dimostra il pervasivo uso del criterio o canone della ragionevolezza – a saggiare la coerenza, la congruenza (rispetto al fine), il rispetto dei contenuti essenziali dei diritti e dei principi costituzionali, da parte del legislatore; in una parola: a "razionalizzare" la legislazione.

È vero che il giudice delle leggi, facendo leva sull'art. 28 della legge n. 87 del 1953, ha fissato un punto (un limite) oltre il quale – per rispettare la discrezionalità legislativa – essa non può emettere decisioni c.d. creative, aggiuntive o sostitutive e persino sentenze di accoglimento "secche".

Limite, questo, che negli ultimi tempi è divenuto meno stringente, non solo perché le inammissibilità per discrezionalità del legislatore sono divenute una tipologia di pronunce marginale nell'esperienza della giustizia costituzionale, ma anche perché – come testimoniano le sentenze n. 236 del 2016²¹,

²⁰ Ivi, 47.

²¹ Con la sentenza n. 236 del 2016 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo – per violazione degli artt. 3 e 27 Cost. – l'art. 567, secondo comma, cod. pen. (delitto di alterazione di stato di famiglia del neonato commesso mediante falso), nella parte in cui prevedeva la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni.

La Corte ha rilevato, infatti, come la severa cornice edittale, pur non potendosi ritenere anacronistica in rapporto al mutato contesto normativo, tecnico e scientifico, risulta, sul piano della ragionevolezza intrinseca, manifestamente sproporzionata al reale disvalore della condotta punita, ledendo congiuntamente il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto commesso (art. 3 Cost.) e quello della finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.). La manifesta irragionevolezza per sproporzione si evidenzia anche al cospetto della meno severa cornice (reclusione da tre a dieci anni) stabilita dal primo comma dell'art. 567 cod. pen. per l'altra fattispecie di alterazione dello stato di fa-

n. 222 del 2018²² e n. 40 del 2019²³ – la Corte si ritiene meno stretta dal

miglia del neonato, commessa mediante la sua sostituzione. Secondo il giudice delle leggi, le due fattispecie non sono del tutto disomogenee e, pertanto, in forza dei propri poteri di intervento, l'unica soluzione praticabile per superare l'incostituzionalità, consiste nel parificare il trattamento sanzionatorio delle due fattispecie incriminatrici nelle quali si articola l'unitario art. 567 cod. pen.

Ciò non ostante, la Corte ha ritenuto auspicabile un intervento del legislatore che, riconsiderando *funditus*, ma complessivamente, il settore dei delitti in esame, potrà introdurre i diversi trattamenti sanzionatori ritenuti adeguati.

²² Con la sentenza n. 222 del 2018 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa) nella parte in cui stabiliva la pena accessoria in misura fissa di dieci anni anziché prevedere l'applicazione della pena accessoria "fino a dieci anni". La Corte ha accolto la questione dopo due decisioni di inammissibilità, per mancanza di "rime obbligate" (sentenza n. 134 del 2012 e ordinanza n. 208 del 2012). Si legge, infatti nella pronuncia, «che – a consentire l'intervento di questa Corte di fronte a un riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio – non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte «precisi punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» (sentenza n. 236 del 2016) – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non "costituzionalmente obbligate". Poiché, ad operare diversamente, la «tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, [...] rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l'intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di "rime obbligate" nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima».

²³ Nella sentenza n. 40 del 2019, infine, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), nella parte in cui prevedeva la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anziché di sei anni. La Corte, già nella sentenza n. 179 del 2017, aveva avuto modo di sottolineare «che la divaricazione di ben quattro anni venutasi a creare tra il minimo edittale di pena previsto dal comma 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e il massimo edittale della pena comminata dal comma 5 dello stesso articolo «ha raggiunto un'ampiezza tale da determinare un'anomalia sanzionatoria» all'esito di una articolata evoluzione legislativa e giurisprudenziale [...].». La Corte ha poi ribadito che l'ampiezza del divario sanzionatorio tra il massimo della pena prevista per i fatti di lieve entità e quella minima prevista per i fatti non lievi, condizionasse «inevitabilmente la valutazione complessiva che il giudice di merito deve compiere al fine di accertare la lieve entità del fatto [...] con il rischio di dar luogo a sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, oltre che a irragionevoli difformità applicative in un numero rilevante di condotte». Da ciò deriva – secondo la Corte – la violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., oltre che del principio di rieducazione della pena di cui all'art. 27 Cost. Violazione

limite della discrezionalità del legislatore in materia penale, soprattutto quando si trova al cospetto di una normativa “salvata” dalla declaratoria di incostituzionalità in precedenti occasioni e rispetto alla quale il legislatore non si sia attivato per porre rimedio alle ragioni di incostituzionalità, più o meno puntualmente segnalate nella forma del monito dalla stessa Corte costituzionale.

Tendenza, quest’ultima, verso la quale la dottrina solleva molte perplessità, in quanto la determinazione della sanzione penale sarebbe ambito di esclusiva spettanza del legislatore. In questi casi il problema, tuttavia, a me pare un altro: astenersi dall’operare in un campo di sicura spettanza della discrezionalità del legislatore, pur quando questo si dimostri inerte agli avvertimenti in precedenza espressi dalla Corte, rischia di condurre ad «un grave sovvertimento dei valori costituzionali, a una iperprotezione non della discrezionalità del legislatore ma della sua inerzia, a un’abdicazione della stessa funzione della Corte costituzionale come giudice delle leggi»²⁴.

Come è stato sostenuto in modo acuto ed efficace da Marco Ruotolo, la discrezionalità del legislatore è sicuramente un limite, il rispetto del quale contribuisce alla legittimazione della Corte nel sistema²⁵. Il rispetto della discrezionalità del legislatore, tuttavia, «non può ergersi a limite assoluto, invalicabile nel caso di inerzia. Altrimenti vi sarebbe rimedio solo per le ipotesi di esercizio della funzione legislativa contrario alla Costituzione e non anche per le inattuazioni della Costituzione

tali per cui «non può essere ulteriormente differito l’intervento di questa Corte, chiamata a porre rimedio alla violazione dei principi costituzionali evocati, con conseguente accoglimento delle questioni di legittimità costituzionale dell’art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990 nei termini in cui sono prospettate dal giudice rimettente». Sulla base di tali premesse il giudice delle leggi ha ritenuto di poter rideterminare la pena minima per i fatti non lievi concernenti gli stupefacenti, individuandola nella misura di anni sei di reclusione. Tale misura della pena è quella «individuata dal rimettente», la quale, «benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria: essa si ricava da previsioni già rinvenibili nell’ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore».

Anche in questo caso la Corte precisa, tuttavia, «che la misura sanzionatoria indicata, non costituendo una opzione costituzionalmente obbligata, resta soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore sempre nel rispetto del principio di proporzionalità (sentenza n. 222 del 2018)».

²⁴ G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 305.

²⁵ 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, 21.

(che poi altro non sono che forme omissive di inosservanza della Costituzione)»²⁶.

In definitiva, la discrezionalità del legislatore deve considerarsi, sì, limite, ma relativo, nel senso che esso sia «superabile nel caso in cui l'inerzia del legislatore produca omissioni incostituzionali le quali, pur variamente colmabili, non possono restare tali *sine die*, tanto più quando proprio il giudice delle leggi abbia sottolineato la necessità di un intervento normativo»²⁷.

Ad operare diversamente «sarebbe la stessa Corte ad abdicare al ruolo per il quale è stata istituita: garantire la preminenza della Costituzione nei confronti delle leggi e di qualsiasi atto autoritativo e persino delle situazioni oggettive di vuoto normativo. L'esigenza è sempre quella di rendere giustizia costituzionale, di assicurare una sempre maggiore conformità del sistema normativo alla Costituzione. È questa la ragione che sta alla base della giurisdizione costituzionale, di tutte le attività della Corte e non soltanto del sindacato di costituzionalità delle leggi»²⁸.

Del resto neppure ipotizzare che in casi come questi la Corte debba intervenire con una sentenza-legge, ma con un annullamento secco mette al riparo il sistema nel suo complesso, per una ragione che a me pare evidente: se la Corte costituzionale, rinunciando alla decisione autoapplicativa pronunciasse un annullamento “secco”, puro e semplice della disciplina normativa incostituzionale, come sarebbe poi comunque evitata l'inerzia legislativa e come si potrebbe sfuggire all'*horror vacui*?

Certo può essere percorsa un'altra via, che è quella che si è scelto di percorrere con l'ordinanza n. 207 del 2018, conosciuta come ordinanza Cappato.

Per evidenti ragioni di opportunità non mi dilungherò sul punto, ma vorrei, comunque sia, fare due osservazioni.

Per un verso, la soluzione che si è adottata andava proprio incontro alla necessità di permettere al legislatore di intervenire, poiché come si legge nell'ordinanza «laddove, come nella specie, la soluzione del quesito di legittimità costituzionale coinvolga l'incrocio di valori di primario rilievo, il cui compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che anzitutto il legislatore è abilitato a compiere, questa Corte reputa doveroso – in uno spirito di leale e dialettica collaborazione istituzionale – consentire, nella specie, al Parlamento ogni opportuna ri-

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ *Ibidem.*

flessione e iniziativa, così da evitare, per un verso, che, nei termini innanzi illustrati, una disposizione continui a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiurare possibili vuoti di tutela di valori, anch'essi pienamente rilevanti sul piano costituzionale».

Per altro verso, poi, e come ha lucidamente colto Paolo Carnevale²⁹, la tecnica decisoria utilizzata ha avuto anche un effetto positivo secondario, ma non per questo meno importante tanto per la Corte quanto per i giudici comuni. L'aver rinviato la trattazione offrendo, tuttavia, una ricostruzione del quadro costituzionale di riferimento, è stato utile poiché ha fatto sorgere un ampio dibattito pubblico, e in special modo scientifico, il quale ha fornito «ausilio ai giudici (oltre alla stessa Corte) e rende loro una *bussola* un po' meno *scombussolata* rispetto alla situazione all'atto della prima pronuncia della Corte»³⁰, in quanto ha fatto emergere «elementi di valutazione e spunti interpretativi» che sicuramente hanno offerto e offriranno per futuri e analoghi casi indicazioni orientative non presenti, o comunque sia, non così chiaramente e approfonditamente espresse, prima della tanto discussa ordinanza.

In definitiva l'ordinanza ha avuto il merito non solo di tentare un dialogo con il legislatore, ma anche di instaurare un dialogo, proficuo per la quantità e la qualità della produzione scientifica, con la comunità degli interpreti.

Di là dall'ordinanza Cappato e dal più generale problema di ordine pratico sull'inerzia del legislatore (che non può trovare rimedio in atteggiamenti e strategie della Corte costituzionale) a me pare che la garanzia della Costituzione vada intesa in senso ampio e priore, come garanzia di *continuità dell'ordinamento* e molto bene sottolinea questo aspetto Zagrebelsky. E sono proprio le affermazioni che riporterò nel prosieguo che stanno a dimostrare come le nostre posizioni si siano, a mio avviso, avvicinate.

Scrive, infatti, Zagrebelsky: «[c]he il diritto non sia una somma di atti normativi discontinui nel tempo e che quindi la vita del diritto non sia un ritmo sincopato; che invece la continuità, cioè *l'ordine nel tempo* siano caratteri ineliminabili del diritto come ordinamento sono tutti elementi essenziali e fondanti il nostro stesso modo di concepire il diritto e, di riflesso, la vita regolata giuridicamente», al punto che «la

²⁹ P. CARNEVALE, *Incapare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale*, in *Consulta Online*, 2/2019, 371.

³⁰ *Ibidem*.

continuità ordinata nel tempo è l'aspetto diacronico di quel principio pre-positivo di coerenza» che è alla base «dell'esigenza di razionalità delle leggi»³¹.

E ancora, «l'esigenza di continuità nel tempo dell'ordinamento giuridico, non può considerarsi solo “di mero fatto”, tale quindi che la Corte costituzionale possa disinteressarsi degli effetti delle sue pronunce su questo piano e mirare puramente e semplicemente – si potrebbe dire, ciecamente – al fine dell'eliminazione, a qualunque costo, della legge incostituzionale»³².

La Corte, in quanto soggetto istituzionalmente e specificamente preposto a “garanzia” della Costituzione, non ha semplicemente un potere, bensì un potere-dovere di evitare situazioni normative residuali di maggiore incostituzionalità.

E, allora, delle due l'una: o il sistema adottato nell'ordinamento costituzionale positivo *contraddice* l'affidamento alla Corte di una funzione di garanzia costituzionale ovvero – nel *bilanciamento* tra i mezzi positivamente predisposti e l'effettiva e piena garanzia costituzionale – quest'ultima deve necessariamente prevalere pur nel rispetto (ma con l'avvertenza fatta in precedenza riportando le parole di Marco Ruotolo) della discrezionalità legislativa nell'esercizio della istituzionale funzione normativa.

È innegabile che la Corte non abbia, istituzionalmente, potere di normazione positiva; ma – ripeto – nel bilanciamento, la funzione di garanzia costituzionale ad essa eminentemente, anche se non esclusivamente, affidata, deve prevalere sulla ripartizione rigida dei poteri (legislativo e di garanzie).

Si tratta di un classico e imprescindibile bilanciamento tra valori e principi costituzionali.

Nel bilanciamento tra due valori o principi costituzionali, la necessaria prevalenza dell'uno non può però (e non deve) significare e risolversi nel completo sacrificio dell'altro³³.

È fin troppo noto come la funzione normativa in generale, per la sua stessa natura non continua, ma discreta e intermittente, presenti nel suo svolgimento, non soltanto possibili contraddizioni o contrarietà, ma anche inadeguatezze, rispetto alla Costituzione, la quale, peraltro, a sua

³¹ G. ZAGREBELSKY, *Giustizia costituzionale*, cit., 1988, 307.

³² Ivi, 306.

³³ Mi sia consentito di rinviare a *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, §§ 8-10.

volta, pur nelle sue costanti fondative, è suscettibile per la natura della maggior parte delle sue norme, di svolgimenti, attuazioni, adattamenti ed evoluzioni, anche semplicemente interpretative.

Per tale ragione, la *funzione legislativa*, in quanto essenzialmente funzione normativa, è per sua natura intermittente e, come tale, soggetta, nel suo realizzarsi, nelle sue puntuali manifestazioni ad un continuo controllo di non disformità e di minore o maggiore conformità al dato – relativamente più stabile – della Costituzione. Questo controllo continuo è imprescindibile, se si vuole mantenere una ragionevole corrispondenza tra legislazione e Costituzione, se si vuole cioè garantire una tendenziale conformità della prima alla seconda.

Per questa ragione di fondo, da un lato, il valore-principio di garanzia costituzionale non può non prevalere sul valore-principio di produzione normativa affidata principalmente ai soggetti dotati di potestà legislativa; dall'altro, la *funzione di garanzia costituzionale* non può confondersi con il principio di legittimità costituzionale, che *presiede al bilanciamento*, né soprattutto può risolversi nella mera eliminazione delle leggi incostituzionali.

Se così non fosse, se cioè la funzione di garanzia si risolvesse in una funzione meramente negativa, puramente caducatoria della legislazione, allora il valore della continuità o non discontinuità dell'ordinamento, nel quale si risolve lo stesso principio supremo di legittimità costituzionale, non potrebbe essere salvaguardato.

È pur vero, tuttavia, che la funzione di garanzia costituzionale non può, a sua volta, identificarsi, confondersi, risolversi in una sorta di funzione legislativa, neppure intesa in senso amplissimo, con la quale va invece *bilanciata*.

Il potere legislativo deve restare *libero nella sua essenziale funzione normativa*, produttiva di norme e per ottenere questo risultato, occorre intanto che la *dichiarazione di incostituzionalità* non sia concepita come mero annullamento della legge, bensì come *l'esito estremo di un processo riflessivo* che tenga conto tanto della insostenibilità costituzionale della normativa oggetto di giudizio, quanto delle conseguenze di una eventuale dichiarazione di incostituzionalità, ma che pure salvaguardi, ad una, la libertà normativa del legislatore e la libertà interpretativa dei giudici.

In definitiva, «[o]ggi non si tratta più (o non più solo) di censurare l'atto legislativo in quanto non rispettoso dei limiti che la Costituzione impone alla funzione legislativa, bensì anche (e soprattutto) di censurare

l'atto legislativo in quanto non idoneo a dare effettività ai principi costituzionali»³⁴.

E deve aggiungersi che «[s]pesso, eliminare la legge non serve alla Costituzione; serve, invece, “piegarla alla Costituzione”. [...] È in questa consapevolezza che si è sviluppato (presso la giurisdizione costituzionale e gli scritti dei commentatori) l'orientamento [volto] a svincolare la giurisdizione costituzionale dalla sua visione negativa di giurisdizione d'annullamento, e ad attribuirle compiti positivi, di «ricomposizione interpretativa» o di “integrazione normativa” dell'ordinamento»³⁵.

La “superiorità” o “condizionalità” della Costituzione rispetto alla legislazione, lungi dal risolversi nella mera relazione – che può essere negativa – di validità-invalidità, implica anche – in positivo – la interpretazione sistematica della seconda alla luce della prima, poiché le disposizioni normative prodotte dalle fonti diventano norme solo a seguito della interpretazione degli (attribuzione di significato agli) enunciati linguistici prodotti dal legislatore. E allora, se non c'è ancora la norma, non si può discutere di validità-invalidità³⁶.

Icasticamente Zagrebelsky ha scritto, infatti, che «l'*incostituzionalità* è il fallimento dell'interpretazione e la *dichiarazione* d'incostituzionalità è in funzione del successo dell'interpretazione»³⁷, nel senso che «il “fallimento dell'interpretazione” si ha quando non è possibile trovare nell'ordinamento, così com'è, una norma idonea a rispondere alle aspettative costituzionali di regolazione del caso»³⁸.

4. *Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità: l'interpretazione conforme a Costituzione*

In questa prospettiva si inserisce la prassi dell'interpretazione conforme e adeguatrice, la quale – seppur con alcuni eccessi dei quali dirò in seguito – fra i molti meriti che le si possono riconoscere ha avuto quello di evitare (o superare), già sul piano interpretativo-applicativo, l'insensato

³⁴ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna 2018, 173.

³⁵ Ivi, 174.

³⁶ Ciò è quanto ho già sostenuto nel mio, *Interpretazione costituzionale*, in *DeS*, 2018, 529.

³⁷ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008, 258.

³⁸ Ivi, 257-258.

dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità, come “metodi distinti e incomunicabili”, ossia di un livello costituzionale separato dal livello legislativo o normativo, secondo una risalente contrapposizione immaginata dal Costituente³⁹ e fissata icasticamente nella felice (ma giustamente *contestata*) espressione: “Ai giudici la legge, alla Corte costituzionale la Costituzione”⁴⁰.

Se le sentenze interpretative di accoglimento e in genere la dilatazione della tipologia degli strumenti decisorii sono state ispirate al lodevole intento di rendere concretamente operanti e vincolanti i principi e i valori costituzionali e hanno consentito di fatto la loro progressiva penetrazione nell’ordinamento; esse, nel loro rovescio, *hanno comportato il mantenimento e l’approfondimento della separazione strutturale tra ordine costituzionale e ordine legale*, l’accettazione se non proprio la legittimazione, della possibilità stessa di interpretazioni incostituzionali della legge ordinaria le quali rappresentano dialetticamente il fondamento e la ragione degli interventi più incisivi della Corte, in definitiva del suo monopolio interpretativo della Costituzione⁴¹.

In questa opera di superamento del dualismo tra legalità legale e legalità costituzionale, la Costituzione pervade in modo molecolare l’ordinamento⁴² e si erge a «fondamento di una “nuova teoria dell’interpretazione” dei testi normativi»⁴³.

³⁹ Come ho avuto già modo di affermare nel mio *Corte costituzionale e potere legislativo*, cit., 23, la Costituzione, da un lato, e la legislazione, dall’altro, risultarono così tagliate come sfere separate e contrapposte, la cui congiunzione, nel reale, sarebbe stata operata, sul piano politico, dal Parlamento e, su quello giuridico, dalla Corte costituzionale. La Costituzione si presentò, dunque, in effetti, come una *legge fondamentale ma rivolta a destinatari ben determinati*: non ai cittadini, non agli organi amministrativi, non ai giudici; ma alle sole assemblee legislative e, *pro futuro*, alla Corte costituzionale (p. 24). Il disegno complessivo può, dunque, sintetizzarsi nei seguenti termini: il Parlamento con le riforme e la legislazione – non a caso persistentemente definita in dottrina “primaria” (per il suo rango) e “ordinaria” (per il suo impiego continuo) – e la istituenda Corte costituzionale, con il controllo delle leggi espressione della funzione legislativa, avrebbero potuto e dovuto tradurre sul piano giuridico i principi, i valori e i programmi fissati nel testo costituzionale. Fino a quel momento, però, e in assenza per giunta della Corte, i giudici erano tenuti a rispettare soprattutto, se non esclusivamente, la legislazione vigente (p. 31).

⁴⁰ Così C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in G. AMATO, A. BALDASSARRE, A. A. CERVATI *et alia* (a cura di), *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari 1979, 160.

⁴¹ F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, cit., 42.

⁴² G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Atti del seminario svoltosi in Roma Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Milano 2010, 322.

⁴³ M. RUOTOLO, *La Cassazione penale e l’interpretazione delle norme sulla custodia*

Il merito è da riconoscere alla sentenza della Corte costituzionale n. 356 del 1996, il cui redattore è stato proprio l'amico Zagrebelsky, con la quale si è pronunciata la nota affermazione che «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché non è possibile darne interpretazioni costituzionali».

Questa “nuova teoria dell'interpretazione” presenta, però, alcuni problemi specifici, che hanno impegnato a lungo la riflessione dottrinale, come pure la Corte costituzionale, e specialmente: 1) problemi di individuazione dei limiti che incontra il tentativo di esperimento dell'interpretazione conforme da parte dei giudici comuni; 2) problemi di qualificazione del tentativo del giudice *a quo* di esperire l'interpretazione conforme come obbligo di risultato ovvero come obbligo, per così dire, di diligenza.

Le due questioni – o, meglio, aree problematiche – sono strettamente interconnesse, poiché la questione dei limiti all'(esperibilità del tentativo di) interpretazione conforme incide sulla qualifica del relativo “onere” da parte dei giudici comuni e sul riconoscimento degli elementi di diversità del ruolo della Corte costituzionale nell'individuazione del significato di un enunciato normativo conforme a Costituzione.

Com'è stato affermato nella Relazione sulla giurisprudenza costituzionale dell'anno 2018 del Presidente della Corte costituzionale, «è immaginabile che il costante e generalizzato riferimento alla Costituzione permetta ai giudici comuni di conformare ad essa le leggi», ma solo «quando ciò sia consentito dall'esercizio dei comuni canoni ermeneutici»: il potere interpretativo dei giudici non può, infatti, «spingersi oltre il confine che gli è connaturato, neppure quando ciò accade al fine di orientare l'ordinamento verso i principi costituzionali, perché, di fronte a un insuperabile ostacolo che viene dalla lettera della legge, ovvero dal contesto logico-giuridico nel quale essa si inserisce, compete solo alla Corte intervenire»⁴⁴.

Si è efficacemente sostenuto, infatti, che «appartiene [...] alla logica stessa della separazione dei poteri che il giudizio di conformità o di difformità di un atto avente forza di legge rispetto alla Costituzione compete

cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale, 2013, ora in ID., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli 2014, 25, il quale si rifà all'insegnamento di L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 109 s.

⁴⁴ Corte costituzionale, *Riunione straordinaria del 21 marzo 2019, Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi*, reperibile in www.cortecostituzionale.it, spec. 7.

alla Corte, anziché ai giudici comuni, salve le ipotesi in cui il contrasto è di mera apparenza, in quanto ricomponibile attraverso l'interpretazione»⁴⁵.

Quando il contrasto non è invece ricomponibile in via interpretativa, l'ordinamento richiede l'intervento della Corte costituzionale, in quanto organo di garanzia, strutturato e organizzato proprio al fine di assicurare la più seria ponderazione delle effettive questioni di legittimità costituzionale: i suoi «equilibrati criteri di composizione»; l'«ampia collegialità»; il «confronto dialettico tanto ponderato quanto arricchito dalla diversa sensibilità dei giudici»; «la pubblicità e l'efficacia *erga omnes* delle pronunce» rendono il sindacato accentrato un'«architave, non surrogabile, del controllo di costituzionalità»⁴⁶.

Alla luce di queste considerazioni, ben si comprendono le ragioni per le quali la Corte costituzionale ha modificato l'atteggiamento seguito sino a poco tempo fa – ossia quello espresso per la prima volta dalla già richiamata sentenza n. 356 del 1996 per cui la dichiarazione di incostituzionalità deriva dall'*impossibilità* di dare interpretazioni costituzionalmente conformi, conseguentemente sanzionando *inopportunamente* il mancato conseguimento dell'interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice *a quo* con decisioni di inammissibilità – in favore del più recente indirizzo «secondo il quale il dovere del giudice comune di sperimentare un'interpretazione costituzionalmente conforme delle leggi si assolve anche attraverso una motivazione che dia conto delle ragioni per le quali, a parere di quel giudice, la lettera o il contesto normativo non consentono di procedere in tal senso, mentre attiene poi al merito della questione, di competenza della Corte, verificare se davvero tale interpretazione sia o no praticabile»⁴⁷.

Come avevo già posto in evidenza anni addietro⁴⁸, non deve chiedersi al giudice un convincimento intorno all'incostituzionalità di tutti i significati estraibili dall'enunciato normativo, «bensì un convincimento tanto sulla difficoltà di esperire con successo l'interpretazione conforme della disposizione, quanto sulla probabilità che la Corte abbia a sancire l'incostituzionalità della norma»⁴⁹.

⁴⁵ Corte costituzionale, *Relazione annuale 2018*, cit., 7.

⁴⁶ Corte costituzionale, *Relazione annuale 2018*, cit., 7.

⁴⁷ Corte costituzionale, *Relazione annuale 2018*, cit., 8.

⁴⁸ Si rinvia al mio *Sul problema dell'interpretazione conforme a Costituzione: un breve excursus*, in *Giur. it.*, 2010, 1963.

⁴⁹ Così nel mio *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Rivista AIC*,

Quello del giudice *a quo* è insomma un onere di motivazione, un obbligo di diligenza e non di risultato; e la motivazione è condizione necessaria, quanto sufficiente, per accedere al merito del sindacato di costituzionalità, anche ove non risulti del tutto persuasiva. Ovvero, se pure la Corte costituzionale ritenesse possibile individuare una norma conforme a Costituzione nell'enunciato legislativo oggetto del controllo di costituzionalità, e dunque non fosse persuasa dalla motivazione sul punto dell'ordinanza di rimessione, ciò non costituisce un vizio procedurale, "sanzionabile" con l'inammissibilità (come pure, si è visto, a lungo è stato affermato dalla giurisprudenza costituzionale stessa): è invece un problema di merito, risolubile mediante sentenza interpretativa (di rigetto o di accoglimento).

Così, in particolare, a partire dalla sentenza n. 221 del 2015, ove, a fronte di un «tentativo, in concreto effettuato dal giudice *a quo*, di utilizzare gli strumenti interpretativi a sua disposizione per verificare la possibilità di una lettura alternativa della disposizione censurata, eventualmente conforme a Costituzione» e della consapevole esclusione di tale possibilità da parte del rimettente, «il quale ravvisa nel tenore letterale della disposizione un impedimento ad un'interpretazione costituzionalmente compatibile», la Corte afferma che «[l]a possibilità di un'ulteriore interpretazione alternativa, che il giudice *a quo* non ha ritenuto di fare propria, non riveste alcun significativo rilievo ai fini del rispetto delle regole del processo costituzionale, in quanto la verifica dell'esistenza e della legittimità di tale ulteriore interpretazione è questione che attiene al merito della controversia, e non alla sua ammissibilità».

Affermazioni analoghe – di sufficienza della esplorazione della possibilità di un'interpretazione conforme a Costituzione e della consapevole esclusione della stessa, da parte del giudice *a quo*; di necessità di entrare nel merito della controversia, da parte della Corte costituzionale – sono state poi costantemente ripetute⁵⁰, tanto da costituire oramai un solido punto di riferimento.

Il vero limite all'interpretazione conforme non è allora rappresentato dalla impossibilità, ma piuttosto dalla "improbabilità-difficoltà" riconosciuta al giudice di interpretare le disposizioni legislative in modo conforme alle norme (e ai principi) costituzionali⁵¹; «improbabilità che

2/2014, 23.

⁵⁰ Cfr. Corte cost., sentt. n. 262 del 2015; n. 36, n. 45, n. 95, n. 111, n. 173, n. 204, n. 219 del 2016; n. 42, n. 53, n. 69, n. 180, n. 194, n. 208, n. 213, n. 254 del 2017.

⁵¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 42 del 2017.

va misurata alla luce sia della “lettera” sia dell’eventuale diritto vivente»⁵².

Ove tale improbabilità – non già impossibilità – sussista, le porte della decisione di merito devono intendersi dischiuse: se il giudice, ancorché abbia profuso il richiesto sforzo interpretativo, ritenga difficile (alla luce della lettera e del diritto vivente) esperire l’interpretazione conforme, la questione dovrà essere decisa nel merito «e, nello specifico, rigettata, ove la Corte ritenga possibile un’interpretazione alternativa, che non sia implausibile»⁵³.

Se, poi, la motivazione della Corte costituzionale sul punto è persuasiva per i giudici comuni, allora questi ultimi potranno «collaborare», applicando (ma non disapplicando) la legge nel senso della interpretazione conforme già resa dalla Corte. Ma il giudice comune può invece dissentire, perché, nel nostro ordinamento, da un lato, il singolo giudice gode di libertà decisionale (e quindi interpretativa) e, dall’altro, la giurisdizione costituzionale non è una giurisdizione d’interpretazione, come lo è, invece, per es., quella della Corte di giustizia.

In altri termini, le “interpretazioni”, pur se adeguate, della Corte costituzionale non sono vincolanti (se non, forse, per il giudice *a quo*). Il potere della Corte costituzionale è solo quello di dichiarare l’incostituzionalità di una norma. Ciò comporta *naturaliter* l’interpretazione del disposto legislativo, ma questa interpretazione, come tale, non è vincolante se non è colpita (come norma) dalla censura di incostituzionalità. Quella che resta integra, dopo una decisione di rigetto (anche interpretativa), è dunque la disposizione, a sua volta suscettibile di ulteriore interpretazione (anche difforme dalla interpretazione della Corte che l’ha salvata dall’incostituzionalità).

L’unica via per restituire certezza, allora, in caso di mancata collaborazione fra giudici comuni e Corte costituzionale, è quella di una successiva decisione di accoglimento, interpretativa o manipolativa, «con la quale la Corte, preso atto del maturare di un consolidato orientamento giurisprudenziale di segno contrario, lo “rimuove” pronunciando l’incostituzionalità o della disposizione o della norma incostituzionale da essa ricavata»⁵⁴.

Certamente, tutto ciò comporta bensì un’espansione dei poteri giu-

⁵² M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Questione giustizia*, 2018, 6.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Lo rileva, correttamente, M. RUOTOLO, *Loc. ult. cit.*, che fa riferimento alla nota vicenda giurisprudenziale relativa al contrasto interpretativo fra Corte costituzionale e

diziari, rispetto agli altri poteri dello Stato, ma tale espansione è inevitabilmente collegata ad una caratteristica dell'odierno Stato costituzionale, secondo la quale nel bilanciamento tra il principio della superiorità globale della Costituzione che riguarda e avvince tutti gli operatori giuridici (massimamente i giudici) e il "monopolio" del sindacato di costituzionalità attribuito alla Corte è il primo a prevalere, mentre il secondo mantiene pure una sua indiscutibile, persistente valenza nell'esclusivo potere attribuito alla Corte costituzionale di dichiarare l'invalidità della legge con efficacia *erga omnes*.

Sulle implicazioni di tali caratteristiche dello Stato costituzionale ritornerò compiutamente nella parte finale del mio intervento.

5. *La centralità dei casi come problemi umani. A proposito delle riflessioni di Angelo Ermanno Cammarata e Gustavo Zagrebelsky*

L'odierna esperienza giuridica non ha segnato solo il rilancio del metodo sistematico, grazie alla Costituzione e alla nuova teoria dell'interpretazione da essa supportata, ma ha visto anche una nuova centralità dei casi concreti e all'amico Zagrebelsky deve riconoscersi il merito di aver acutamente analizzato le ragioni di tale centralità. Ricostruzione, la sua, che mi vede completamente d'accordo, pertanto, qui cercherò soltanto di arricchire la riflessione dell'amico con il pensiero di un acuto filosofo del diritto, Angelo Ermanno Cammarata, i cui studi andrebbero forse riscoperti dall'odierna scienza giuridica.

L'interpretazione, pur riguardando il diritto, *non* può essere unilateralmente intesa come un *percorso unidirezionale* che conduce dalla disposizione alla norma, che trasforma cioè gli enunciati linguistici in cui sarebbero impressi determinati contenuti normativi, in norme. Già la discussione sull'interpretazione come "atto di conoscenza", ovvero come "proposta di significato", incrina questa visione unilaterale del processo interpretativo. Come è stato opportunamente e sinteticamente ricordato da Zagrebelsky, la scienza giuridica ormai «concorda con la pratica, circa l'impossibilità di una giurisprudenza solo "riflettente" il diritto posto dal legislatore, ma non per una ragione empirica (la cattiva qualità della legislazione), ma per una ragione strutturale. Gli studi sulla natura del

Corte di Cassazione sul calcolo della durata massima dei termini di fase della custodia cautelare (dalla sent. n. 292 del 1998 alla decisione n. 299 del 2005).

discorso normativo, le indagini sul linguaggio e i concetti del legislatore e la giurisprudenza analitica hanno anche in Italia superato l'idea del positivismo delle origini: l'idea cioè del diritto come insieme di atti di volontà, perduranti nel tempo, di un legislatore personale che dispone di un potere di comando. Fermo il postulato del diritto come dato oggettivo, la giurisprudenza teorica ha però rigettato, ha anzi ridicolizzato l'idea del giudizio giuridico come esclusiva applicazione della legge, tramite "deduzioni" relative a fatti "sussunti" nella descrizione normativa⁵⁵. Pur non abbandonando lo schema del sillogismo, «si è fatta strada l'idea che la premessa maggiore (la norma da applicare) non sia quasi mai integralmente determinata dalla legge e che quindi, per la parte carente, le decisioni del giudice contengano elementi creativi che dipendono dalla sua scelta, cioè dalla sua volontà discrezionale»⁵⁶.

Ma non è neppure questo il punto decisivo. L'interpretazione giuridica è di per sé «un'attività che si svolge tra due lati»⁵⁷.

Quale che sia il significato di "*praes*" (garanzia) o di "*praestatio*" (prestazione) che compongono il termine "inter-pretazione", è certo «il valore della preposizione *inter-*, indicante una situazione o un'attività mediana o mediatrice, un'attività di intermediazione»⁵⁸. E – si badi – non soltanto fra l'interprete e ciò che è interpretato, bensì «fra ciò che è interpretato, chi interpreta e il destinatario dell'interpretazione, che può essere un pubblico terzo o può frequentemente essere lo stesso interprete il quale, in certo senso, si sdoppia in quanto autore e in quanto ricettore dell'interpretazione»⁵⁹.

Così che, se «[l] interprete è vincolato al testo», esso è altresì «gravato da un altro vincolo, che gli proviene dai destinatari del messaggio: deve essere comprensibile, anzi convincente, ciò che significa il dover "tenere conto" del contesto culturale in cui si svolge la ricezione»⁶⁰.

In particolare, poi, (ed eccoci arrivati all'aspetto centrale del tema che sto affrontando) «[i]l giudice, come qualunque interprete e applicatore del diritto, ha necessariamente di fronte a sé un fatto o caso della vita, da regolare giuridicamente e prospettato con l'azione in giudizio»⁶¹.

⁵⁵ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 2008, 167.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ivi*, 170-171.

⁵⁸ *Ivi*, 171.

⁵⁹ *Ivi*, 172.

⁶⁰ *Ivi*, 173.

⁶¹ *Ivi*, 174.

E «[i]l dato di fatto o caso è dunque la molla dell'interpretazione. Ecco il campo di tensione: il fatto o caso da una parte, il diritto dall'altro e il giudice che opera per stabilire un collegamento»⁶². Dal fatto (da cui nasce il "senso" o la "richiesta" dell'interpretazione) al diritto (alla scelta della norma adeguata) e di nuovo al caso (per saggiare la adeguatezza della norma) ed eventualmente ancora al diritto (per la scelta di una norma diversa), e così via. È questo il circolo ermeneutico.

Di qui la conclusione: «[L]'interpretazione giuridica è dunque stretta fra due poli: il caso da regolare e la norma regolatrice. Il caso non può comprendersi giuridicamente se non in riferimento alla norma e questa non ha significato se non in riferimento a quello, poiché il caso deve orientarsi alla norma e la norma deve orientarsi al caso. L'interpretazione è l'attività che mira a congiungere l'uno all'altra, fino a farli "combaciare" in un risultato appagante su entrambi i lati»⁶³. L'interpretazione giudiziale, in particolare, può essere pertanto definita come «ricerca della norma regolatrice adeguata sia al caso che al diritto»⁶⁴.

La ragione sottesa a tale conclusione è precisamente individuata dal Cammarata, il quale lucidamente ha affermato che «i "casi" comunque tipizzati e classificati, non possono perdere la loro realtà storica di problemi umani, come problemi individuali di comportamento: tra la soluzione del caso come problema di "legalità" e la soluzione del problema individuale, non potrà mai eliminarsi uno scarto, non foss'altro perché la situazione ipotizzata dalla legge non può mai coincidere interamente con la situazione storica in cui sorge il caso, sicché la soluzione di quest'ultimo, esaurendosi nella sua sussunzione in un paradigma normativo che lo rende identico ad altri e differente da altri, oppure assumendolo come un tipo sul quale potranno modellarsene altri, sarà inevitabilmente una soluzione – quando lo sia – soltanto parziale del problema umano»⁶⁵.

La valutazione del "caso" insomma non può mai identificarsi con la qualificazione-valutazione esclusiva del fatto, proprio perché il "caso" non è, *sic et simpliciter*, un fatto, ma lo è solo in quanto sia connesso con l'elemento valutativo *nell'esperienza giuridica* propriamente detta.

Questa fondamentale distinzione tra "fatto" e "caso" consente di mettere *in luce la centralità dei "casi" come "problemi umani"* e di richiamare l'attenzione su quelli che sono stati definiti da Cammarata come

⁶² Ivi, 175.

⁶³ Ivi, 175-176.

⁶⁴ Ivi, 179.

⁶⁵ A. E. CAMMARATA, *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XVII, 1968, 1071.

«“aspetti diceosinici della legalità” [termine tratto dall’opera di Antonio Genovesi: “Diceosina o filosofia dell’onesto e del giusto” 1766]; con cui si spiegano le accuse di “ingiustizia” e di “iniquità” che vengono rivolte ad una legge, a seconda che abbia “uguagliato” troppo poco, o che, invece, abbia uguagliato troppo»⁶⁶. E, se tali accuse, «attestano il formalismo intrinseco alle leggi, abbiano o meno la loro conclusione nell’invocazione di una nuova legge “più razionale” o nel contrapporvi l’autorità di una *lex aeterna* invalidante la legge che abbia manomesso la giustizia o l’equità»⁶⁷, spingendo cioè verso le “riforme”, ovvero opponendo al diritto positivo il c.d. diritto naturale, o, ancora, nella contemporanea versione dello Stato costituzionale, opponendo al diritto legislativo il diritto costituzionale invalidante, «più interessanti [...] sotto il profilo epistemologico» sono quelle «“cautele” escogitate da giuristi sul terreno dell’interpretazione e dell’applicazione delle leggi [...] che si spiegano con la presunzione della ragionevolezza a cui s’ispirerebbe la decisione del *legis lator*, quasi una guida per evitare che la navicella della legge s’infranga su Scilla o su Cariddi, sullo scoglio, cioè, dell’ingiustizia, o su quello dell’iniquità»⁶⁸ e che, comunque sia, è «sottintesa nelle distinzioni [...] tra “interpretazione lata” e “interpretazione stretta” (che secondo alcuni non coinciderebbe interamente con quella tra “interpretazione estensiva” e “interpretazione restrittiva”)», nonché negli «schemi di argomentazione che ancor oggi, ad onta di certe esplicite ripulse [*in claris non fit interpretatio; interpretatio cessat in claris*], fanno capolino, qua e là, negli scritti dei giuristi»⁶⁹.

Centrale è dunque – come emerge dalle parole di Cammarata – la distinzione tra “fatto” e “caso”, lucidamente colta anche da Zagrebelsky, il quale così scrive: «[n]el campo del diritto non si ha a che fare con “meri fatti”, come possono essere quelli oggetto di osservazione delle scienze naturali o delle scienze sociali descrittive (come la sociologia nella sua forma più elementare), analizzabili in termini quantitativi, e comprensibili, quando si è in grado di comprenderli, alla stregua delle leggi di causalità: il diritto ha a che fare con “fatti umani”, comprensibili in tutt’altro modo, cioè secondo *categorie di senso e di valore*. I “fatti umani”, intesi nel loro senso e nel loro valore, forniscono all’interprete del

⁶⁶ Ivi, 1017-1018; parentesi mia.

⁶⁷ Ivi, 1018.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*; parentesi mia.

diritto i “casi” da regolare giuridicamente e questi “casi” [...] sono densi di aspettative normative»⁷⁰.

Del resto, l'interpretazione non è che «ricerca della norma regolatrice adeguata sia al caso che al diritto»⁷¹ e alla domanda «che cosa è, propriamente, il caso che pretende di cadere sotto una regola adeguata?»⁷² si è risposto rilevando che «il “caso” non è puro accadimento ma “accadimento problematico”. Così considerato, esso solleva interrogativi: precisamente gli interrogativi che devono risolversi attraverso una risposta giuridica. Il nudo fatto non è portatore di domande; comincia ad esserlo quando ha di fronte a sé qualcuno che ad esso deve “reagire” e questo “qualcuno” lo comprende [...] attribuendogli un “senso” o significato, per mezzo delle proprie *categorie di significato*, e un “valore”, per mezzo delle sue *categorie di valore*. Il fatto, allora, diventa “caso” attraverso l'inevitabile *comprensione di significato e di valore* da parte di colui che è chiamato a dare risposte, nel caso nostro, risposte in termini di diritto»⁷³.

Ora, se «[l]a comprensione di senso o di significato consiste nella percezione di ciò che il mero fatto rappresenta dal punto di vista della vita sociale» e se «[l]'esistenza degli esseri umani e delle loro società è una perenne attribuzione di senso alle cose e alle azioni», questa perenne attribuzione di senso si risolve, peraltro, in «un'incessante operazione di astrazione e generalizzazione di significanza dalle cose e dalle azioni»⁷⁴.

Naturalmente, questa operazione di astrazione e generalizzazione di significanza «può dar luogo a risultati diversi e, addirittura, confliggenti», perché «[u]no stesso fatto può essere inteso in sensi profondamente diversi, generando con ciò un conflitto interpretativo»⁷⁵. E, se «[l]e norme giuridiche rispecchiano necessariamente l'assunzione di un determinato significato sociale dei fatti ch'esse prevedono», queste, «per l'appunto, lo assumono e non lo determinano»⁷⁶; così che può verificarsi «uno scarto o una contraddizione fra l'assunzione di senso da parte del legislatore e il significato di cui il fatto è dotato socialmente»⁷⁷: è l'«ipotesi di legge inadeguata al caso; nel linguaggio della nostra Corte costituzionale: è un

⁷⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 2008, 187.

⁷¹ Ivi, 179.

⁷² Ivi, 190.

⁷³ Ivi, 191.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Ivi, 191-192.

⁷⁶ Ivi, 192.

⁷⁷ Ivi, 192-193.

caso di irragionevolezza», per cui «[l]e categorizzazioni di senso del legislatore cedono [...] di fronte a quelle che vigono nella sfera sociale»⁷⁸.

In ogni caso poi «[l]e perduranti contese sul senso [...], una volta che il legislatore abbia legiferato, si trasformano da controversie sulla legge in controversie sull'interpretazione, secondo la concezione di questa come ricerca della norma adeguata al caso»⁷⁹. Ed è, in ogni modo, proprio dalla insufficiente soluzione del caso con la «sua sussunzione in un paradigma normativo che lo rende identico ad altri e differente da altri» che derivano quelle «continue incrinature [...] nell'apparato normativo [...] che presto o tardi si riflettono nel sistema delle classificazioni scientifiche»⁸⁰.

Di qui il *continuum* tra legislazione, interpretazione, giurisprudenza e dottrina giuridica.

L'interpretazione della disposizione è dunque necessaria per ottenere *la norma* da applicare al caso concreto. E, se questo è ovvio, meno ovvio, ma altrettanto vero, è che l'interpretazione è condizionata dall'applicazione. L'applicazione è *condicio sine qua non* dell'interpretazione: «non c'è interpretazione senza applicazione»⁸¹. Questo «nesso di inscindibilità»⁸² tra i due termini e le due operazioni (già adombrate nell'art. 12 disp. prel.) si spiega riflettendo sull'«uso giudiziario del diritto», in cui, com'è stato ben detto, «l'applicazione è in funzione dell'interpretazione e l'interpretazione è in funzione dell'applicazione. Poiché l'interpretazione riguarda il diritto e l'applicazione riguarda i fatti della vita, [...] l'essere l'interpretazione e l'applicazione mutuamente intrecciate significa che qualunque teoria del diritto e del suo uso giudiziario deve prendere in considerazione entrambe, per riconoscere il posto che loro compete, e significa anche che, di conseguenza, l'ignoranza dell'uno rispetto all'altra produce risultati monchi»⁸³.

6. *Stato di diritto, stato costituzionale di diritto e il rapporto fra legalità legale e legalità costituzionale*

Data la riscoperta della centralità sia del momento interpretativo sia

⁷⁸ Ivi, 193.

⁷⁹ Ivi, 194.

⁸⁰ A. E. CAMMARATA, *op. cit.*, 1968, 1017.

⁸¹ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 2008, 161.

⁸² Ivi, 161.

⁸³ Ivi, 163.

del caso si può forse dire che la Giurisprudenza (comprensiva di dottrina e giurisdizione) stia, sia pure tendenzialmente, per prendere il posto della legislazione nella funzione di creare diritto? È evidente che una risposta positiva sarebbe totalmente antistorica.

Se la *attitudine creativa di diritto della Giurisprudenza* – della giurisdizione, con riferimento ai “casi” concreti *sub iudice*, e della dottrina, con riferimento a “casi ipotizzati”, la cui soluzione si presenti come potenzialmente e relativamente generalizzabile – è *fuori discussione*, essa, tuttavia, *non è creazione pura, ex nihilo*, bensì condizionata dagli enunciati linguistici emessi dal legislatore.

Certo, con l’affermazione delle Costituzioni si potrà discutere se la legalità (meglio: legittimità) costituzionale *assorba* la legalità (legale), e in quale senso e misura, o se invece si affianchi a quest’ultima, in un binomio di *duplice legalità*.

Nel contesto storico attuale, può rilevarsi, infatti, come a traverso il passaggio dallo “Stato di diritto” allo “Stato costituzionale” siano sorti (o stiano sorgendo) una serie di problemi che la dottrina giuridica non sempre ha affrontato con lucida consapevolezza.

Una pregevole eccezione è rappresentata da quella dottrina che, dopo aver individuato con precisione gli elementi strutturali dello “Stato di diritto”⁸⁴ non ha esitato a rilevare che «[n]essuno di questi elementi strutturali resta intatto con l’avvento dello Stato *costituzionale* di diritto»⁸⁵.

Si è sostenuto, infatti, che nello Stato costituzionale di diritto, «[i]l sistema delle fonti diventa sempre più complesso, anche perché la costituzione sottrae interi domini materiali alla legge, delimitandone la competenza per rapporto ad altre fonti divenute sue concorrenti e riducendo il principio gerarchico a regolatore di una frazione sempre più ridotta delle antinomie»⁸⁶.

⁸⁴ In sintesi: semplicità gerarchica del sistema delle fonti; dominio incontrastato della legge, ossia “legalismo” statale; sufficienza della “riserva di legge” per la garanzia dei diritti individuali; *normatività delle leggi* [generalità, astrattezza, ripetibilità] per cui ogni legge è portatrice di una sua *ratio* in opposizione ai provvedimenti puntuali e concreti del potere esecutivo e alle decisioni giudiziali, gli uni e le altre in diversa misura ma ugualmente “esecutivi” della legge e pertanto bisognevoli di motivazione; soprattutto netta e salda «separazione di campo della legislazione e della giurisdizione, con il riconoscimento alla prima del monopolio nel bilanciamento tra gli interessi sociali»; «fiducia dell’interprete nel testo» della legge; certezza del diritto come finalità irrinunciabile della legislazione e della “esecuzione” amministrativa o giurisdizionale

⁸⁵ M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4/2014, 24.

⁸⁶ Ivi, 24. Non a caso si cita in nota 179, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzio-*

Il secondo assunto di tale ricostruzione si fonda sulla constatazione del superamento della «riduzione del diritto a diritto dello Stato (lo statalismo) e del diritto dello Stato alla legge (il legalismo), riproducendosi al livello del sistema delle fonti la complessità pluralistica della tessitura sociale»⁸⁷. Posizione, questa, che non solo è pienamente condivisibile, ma giustifica altresì la necessarietà dell'opera della scienza giuridica e della giurisprudenza nella situazione attuale, nella quale «di fronte a un coacervo confuso di leggi che si ammucciano sui Codici con il carattere sempre più marcato e immiserente di meri provvedimenti, di fronte a leggi vecchie o lacunose e a un legislatore che si dimostra incapace di reggere il confronto con i tempi e i bisogni novissimi, il giurista – teorico e pratico – non può non corrispondere a una chiamata che si trasforma

nale, II, 5a ed., Padova 1984, 200 ss., quale autore dell'«analisi più corretta di questo fenomeno». Nello stesso senso – come è noto – anche C. Esposito, *La consuetudine costituzionale*, 1961-1962 (ora in *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato ed altri saggi*, a cura di D. Nocilla, Milano 1992, il quale si fa anche carico di una importante obiezione, fondata sul principio gerarchico che presiederebbe al c.d. sistema delle fonti: «Quando si parla della diversa forza delle varie specie di atti normativi non si allude alla diversa cogenza o normatività delle disposizioni prodotte dalle varie specie di atti normativi, ma alla resistenza o alla durezza che le disposizioni prodotte da una specie di atti offrirebbero nei confronti delle disposizioni prodotte da altra specie di atti, e cioè alla qualità o attitudine di alcuni atti di produrre disposizioni in grado di privare di vigore le disposizioni prodotte da atti normativi di qualsiasi diversa specie (come in Italia le leggi di revisione della costituzione e le leggi costituzionali), mentre altri atti invece possono eliminare solo disposizioni prodotte da legge ordinarie o da atti regolamentari o di autonomia; ed altre infine, come gli atti regolamentari, solo disposizioni prodotte con atti della propria specie» (319 s.). La risposta all'obiezione è la seguente: la descrizione del sistema delle fonti secondo il principio gerarchico «solo in maniera approssimativa è corrispondente alla situazione effettiva degli ordinamenti (ed in maniera solo 'approssimativissima' è corrispondente alla situazione esistente nell'ordinamento giuridico italiano)» (320), come del resto aveva già dimostrato, in modo decisivo, Vezio Crisafulli portandolo ad affiancare il criterio della competenza a quello gerarchico (*Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 779 ss.), e come oggi è sempre di più confermato dalla evoluzione (o disgregazione?) del sistema delle fonti (mi sia consentito rinviare ad alcuni miei contributi in proposito: *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, 709 ss.; F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, 411 ss.; *Validità (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1993, 43 ss.; *Riflessioni generali sulla razionalizzazione della legislazione e sulla delegificazione*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, II, Padova 1995, 175 ss.; *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, 1997, 461 ss.; F. MODUGNO, A. CELOTTO, M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla "crisi" della legge*, in *Studi parlam. e pol. cost.*, n. 125-6, 1999, 7 ss.; *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?* in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008; *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. pubbl.*, aggiornamento, Torino 2010, 192 ss.).

⁸⁷ M. LUCIANI, *Garanzie*, cit., 24.

per lui in un impegno etico prima ancora che professionale e che lo fa giganteggiare nel processo formativo del diritto»⁸⁸.

Su tali presupposti si è giunti ad affermare, non senza una qualche esagerazione, che, mentre «durante la modernità, nel mondo giuridico di ieri, dei giuristi si poteva fare tranquillamente a meno; nell'attuale mondo giuridico pos-moderno dove tutto è all'insegna della complessità si tratta, al contrario, di personaggio insostituibile»⁸⁹.

Continuando a ragionare sugli elementi di discontinuità rispetto al modello dello Stato di diritto si rileva poi come il «mito della legge espressione della *volonté générale*, vitale almeno sino a tutta la Terza Repubblica francese», sia venuto meno, unitamente al «disvelamento del reale meccanismo di funzionamento della forma di governo parlamentare». Si è giunti così a riconoscere la «crisi dell'idea della riserva di legge come garanzia privilegiata dei diritti»⁹⁰, in linea con quanto sostenuto già da tempo da chi non aveva mancato di osservare, a proposito della funzione garantista delle riserve di legge, che «la storia si è già incaricata di demitizzarne le premesse ideologiche, sicché non è qui necessario indugiare a rammentare, ad esempio, come il despotismo di un'assemblea (pur se democraticamente formata) possa mettere in pericolo le libertà individuali non meno di quello di un monarca e come perciò le garanzie che dovrebbero essere costituite dallo strumento della legge possano rivelarsi molto spesso illusorie; o quante volte la “rappresentanza politica”, che sta al fondo del concetto “politico” della legge, si dissolva in artificiosa finzione, incapace di realizzare una effettiva mediazione tra “paese reale” e “paese legale”»⁹¹.

Infine, con l'affermazione dell'«idea che la sede della *ratio* cessi d'essere la legge e [...] lo divenga – invece – la costituzione [...] si giustifica l'assimilazione della legge all'atto amministrativo quale strumento di regolazione puntuale degli interessi (di qui il moltiplicarsi delle leggi provvedimento e l'“inflazione legislativa”»⁹².

Fermi tutti questi assunti, che contrastano con gli elementi strutturali dello Stato di diritto⁹³, la dottrina in esame rileva che «[i]n questo conte-

⁸⁸ P. GROSSI, *L'identità del giurista, oggi* (2010), ora in Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari 2012, 135.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ M. LUCIANI, *Garanzie*, cit., 24.

⁹¹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, 6a ed. agg. a cura di F. Crisafulli, Padova 1993, 66.

⁹² M. LUCIANI, *Garanzie*, cit., 24-25.

⁹³ Vale a dire: semplicità del sistema delle fonti governato del principio gerarchico;

sto generale, la giurisdizione si fa onnipervasiva, uscendo dal terreno del *controllo*, che è quello che le sarebbe proprio, per addentrarsi in quello della *mediazione* (non della semplice *moderazione*) e della *regolazione* del conflitto sociale, mentre, contemporaneamente, si sviluppano dottrine dell'interpretazione che, facendo leva ora sulla distinzione tra *principi* e *regole*, ora sull'essenzialità dell'autoregolazione sociale, invitano il giudice a liberarsi dal testo e affermano visioni sostanzialistiche della giurisdizione»⁹⁴.

Dopo aver riconosciuto che «lo Stato costituzionale di diritto segna un importante passo in avanti rispetto al passato» e che «la nuova fase storica che si apre è, dunque, positiva», ci si volge alla sua «comprensione» e ai «costi» che questa comporta⁹⁵.

In questa prospettiva la dottrina in esame si pone il problema del rapporto tra legalità costituzionale e legalità legale che «hanno dovuto trovare un modo per convivere»⁹⁶, rilevando che tale convivenza «non è cosa semplice», come sarebbe dimostrato dal «fatto che alle due legalità presidiano due custodi diversi (la Corte costituzionale e quella di cassazione) e che l'indiscussa prevalenza del principio di legalità costituzionale non rende per ciò solo agevole la riduzione dell'ordinamento a coerenza (a che altro servono, specularmente, la dottrina del diritto vivente e quella dell'interpretazione conforme a Costituzione?), né la composizione di eventuali conflitti»⁹⁷.

Ora, proprio la constatazione della «difficile convivenza» tra le due supposte legalità e l'esatta osservazione che «il passaggio allo Stato costituzionale di diritto non è avvenuto senza soluzione di continuità» non sembrano condurre, affatto, per necessità logica, a concludere che «lo Stato di diritto non ha determinato una frattura così profonda da costringere ad elaborare costruzioni teoriche e pratiche giurisprudenziali totalmente diverse da quelle maturatesi nel suo contesto»⁹⁸.

Al contrario, mentre l'evoluzione giurisprudenziale va presa come

dominio incontrastato della legge; sufficienza della riserva di legge come garanzia dei diritti individuali; «morigeratezza dell'attività nomopoietica»; rifiuto delle leggi provvedimento; netta separazione tra legislazione e giurisdizione; monopolio della legislazione nel bilanciamento tra gli interessi sociali; fiducia dell'interprete nel testo di legge; certezza del diritto.

⁹⁴ M. LUCIANI, *Garanzie*, cit., 25.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ivi*, 26.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

un dato di fatto, la dottrina, in quanto tale, deve (o dovrebbe) interrogarsi sul significato di tale evoluzione ed eventualmente costruire nuovi concetti e nuovi istituti che valgano non solo ad intendere il senso della “continuità” (ogni autentico “superamento” conserva qualcosa del “superato”, poiché ogni passaggio pone logicamente in relazione il *prius* con il *posterius*) ma pure a proporre ipotesi per la soluzione dei possibili (e reali) conflitti.

Per scendere al particolare, la crescente onnipervasività della giurisdizione e la conseguente *funzione di mediazione* dei conflitti sociali non si arresta proponendo una distinzione relativissima (e soltanto quantitativa) tra mediazione e moderazione (ogni moderazione e, *per definitionem*, mediazione, ed ogni mediazione interparziale o, come si usa dire, imparziale è per ciò stesso moderazione del conflitto); né riproponendo «una salda distinzione tra *attuazione* e *applicazione* della Costituzione, con la riserva della prima al legislatore e l’affidamento della seconda all’amministrazione e alla giurisdizione»⁹⁹.

La distinzione tra “attuazione” ed “applicazione” è, anch’essa, distinzione relativissima. “Attuazione” significa: “attuare” e “attuarsi”, cioè “realizzazione”. “Applicazione” (atto ed effetto dell’applicare) significa “attribuzione”, “riferimento”, “destinazione”, “attuazione”, e simili. È mai possibile “realizzare” alcunché senza “applicarlo”¹⁰⁰?

È insomma logicamente *necessaria* la *mediazione* legislativa per l’applicazione di principi o norme costituzionali? A me non sembra. La Costituzione è complesso di disposizioni normative, non meno della singola legge (o dell’insieme delle leggi) (art. 54 Cost.) e non è “riservata” alla Corte costituzionale l’interpretazione (come si è già ricordato la nostra Corte costituzionale non è una giurisdizione interpretativa) e l’applicazione (diretta) delle disposizioni in essa contenute. Vero è che dalle disposizioni costituzionali possono trarsi non soltanto norme puntuali e facilmente applicabili, bensì anche (e soprattutto) principi e che «la tecnica

⁹⁹ Ivi, 26.

¹⁰⁰ In teoria degli insiemi, applicazione di un insieme *P* (la Costituzione) su un insieme *Q* (le decisioni giudiziarie) si ha quando tra *P* e *Q* si stabilisce la seguente corrispondenza: ad *ogni* elemento di *P* (ad ogni principio o norma costituzionale) corrisponde un ben determinato elemento di *Q* (una decisione giudiziaria), mentre un elemento di *Q* (una decisione giudiziaria) può essere il corrispondente di *diversi* elementi di *P* (di diversi principi o norme costituzionali), o anche di *nessuno* (una decisione giudiziaria incostituzionale). Ma, se a *p* in *P* corrisponde *q* in *Q*, allora *q* in *Q*, allora $q = f(p)$, ossia *q* è l’immagine dell’elemento *p* (la decisione giudiziaria è l’immagine del principio e della norma costituzionale).

di normazione per principi implica un maggiore tasso di incertezza nel riferimento alla Costituzione», ma non è questa una ragione sufficiente per “imporre” «una salda distinzione tra *attuazione* e *applicazione* della Costituzione»¹⁰¹ né per escludere che il giudice comune possa direttamente applicare – senza l’intermediazione della Corte – disposizioni costituzionali. Ciò equivarrebbe, in definitiva, a sostenere che solo il legislatore (e neppure forse la Corte costituzionale) sia destinatario dell’obbligo di osservanza.

Del resto, la stessa dottrina in esame riconosce che «in pratica, i confini [tra attuazione e applicazione] si sono offuscati [ma sarebbe potuto accadere diversamente?], per la sempre più frequente pretesa della giurisdizione (costituzionale e non) di attuare (non solo applicare) i principi costituzionali prescindendo dalla previa mediazione legislativa»¹⁰². Questo è un fatto, da cui la dottrina dovrebbe prendere le mosse per intenderlo ed esplicitarlo nelle sue potenzialità (e nei suoi limiti), anziché lamentare che «[l]a giurisdizione, così facendo, si è impossessata di spazi che dovrebbero essere riservati alla legislazione, pretendendo (peraltro con la valida giustificazione della latitanza della politica) di identificare direttamente i tempi e i modi dell’attuazione costituzionale»¹⁰³. E anche se, «[q]uel che più conta, si è così attivato un meccanismo che ha un prezzo significativo in termini di certezza: i principi costituzionali, per il loro carattere generico e indeterminato, richiedono di essere attuati gradualmente e in armonia con le esigenze del tempo»¹⁰⁴, non è affatto scontato che il valore (o il mito?) della certezza debba prevalere sul valore della “giustizia”.

D’altra parte, l’attuazione graduale dei principi costituzionali non è affatto un’esigenza sconosciuta nella nostra esperienza costituzionale, e anzi espressamente richiamata e fatta valere in più occasioni dalla giurisprudenza costituzionale (v. per es. sent. n. 266 del 1988); ma ciò non toglie che, soprattutto allorché i principi costituzionali siano stati enucleati, bilanciati e specificati dalla stessa giurisprudenza costituzionale, la giurisdizione comune possa (o debba) applicarli nella soluzione dei casi concreti. Pretendere di non affidare le esigenze di giustizia ai giudici, per non «privarsi della generalità e dell’astrattezza della scelta legislativa, aumentando l’imprevedibilità di statuizioni che, fatalmente connesse al

¹⁰¹ M. LUCIANI, *Garanzie*, cit., 26.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ibidem*.

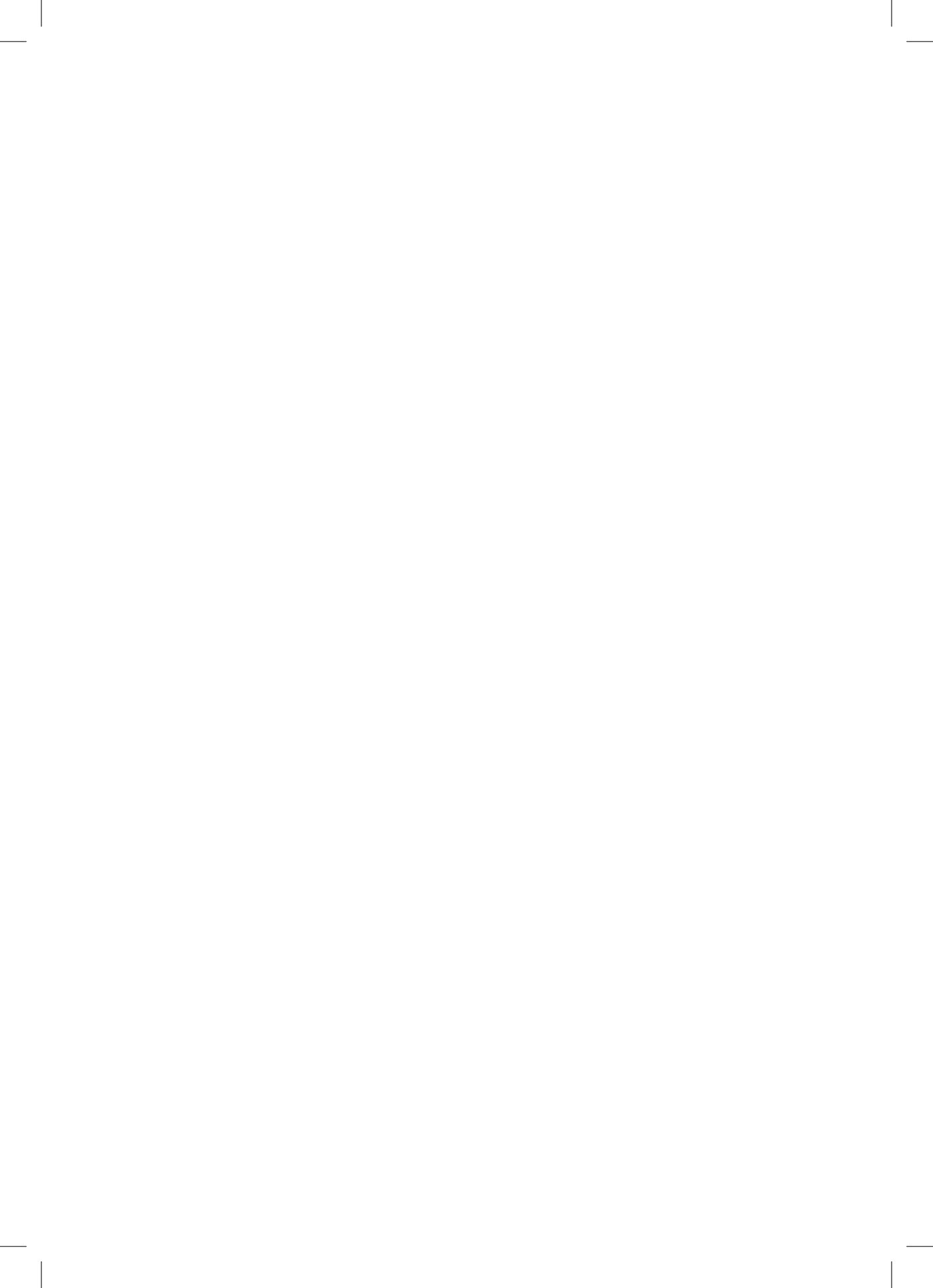
¹⁰⁴ *Ibidem*.

caso singolo, lo risolvono in assenza della preventiva definizione di tutti i paradigmi decisionali»¹⁰⁵ significa non solo anteporre una (sempre molto relativa) certezza alla giustizia della soluzione del caso singolo, bensì rispolverare la primazia di una legge generale e astratta sempre più rara e della assolutezza e onnipotenza del legislatore politico che la crisi della modernità ha finito per dissolvere.

Certamente, tutto ciò comporta un'espansione dei poteri giudiziari, rispetto agli altri poteri dello Stato, ma – e concludo con le parole dell'amico Zagrebelsky e della Professoressa Marcenò – rappresenta il «carattere del diritto del nostro tempo che, per realizzare ciò che richiede la sua natura, abbisogna della partecipazione attiva del giudice. Quando i commentatori prendono nota dell'espansione della giurisdizione, nel sistema costituzionale dei poteri, sbaglierebbero di grosso se la considerassero un'aberrazione e non un fenomeno, certo denso d'incognite e pericoli che richiedono risposte, anche sul piano dell'organizzazione della giurisdizione, della formazione e della responsabilità dei giudici, ma inevitabile nell'odierno Stato costituzionale»¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Ivi, 27.

¹⁰⁶ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna 2018, 185.



ABSTRACT

Gustavo Zagrebelsky, *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale. Un'introduzione*

Il contributo introduce il fascicolo, che raccoglie gli Atti del Convegno “Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale”, svoltosi presso l’Università di Torino nei giorni 17 e 18 ottobre 2019.

L’Autore sottopone a esame l’impressione d’una certa insofferenza nei confronti dei limiti e delle costrizioni che caratterizzano la giurisdizione costituzionale. Osserva come talvolta la Corte tenda a svincolarsi dalle regole processuali in nome del superiore interesse della “garanzia costituzionale”, abbandonando le coordinate del processo e muovendosi secondo quelle del procedimento: il rischio, però, è quello di entrare in una dimensione politica, dove non basta più la legittimazione formale derivante dalla legge, al punto che non è forse solo una coincidenza se la Corte, recentemente, va alla ricerca di una legittimazione ulteriore “in campo aperto”, attraverso il dialogo con soggetti che non hanno di per sé un proprio *status* processuale definito.

Sufferings and Intolerances of Constitutional Justice. An Introduction

The essay introduces this number of the Review, which collects the papers of the conference “Sufferings and Intolerances of Constitutional Justice”, held at the University of Turin on the 17th and 18th October 2019.

The author examines the impression of a certain intolerance towards the limits and constraints that characterize the constitutional jurisdiction. He notices that sometimes the Court tends to free itself from the procedural rules in the name of the superior interest of the “constitutional guarantee”, abandoning the coordinates of the process and moving according to those of the procedure: the risk, however, is to enter a political dimension, where the formal legitimacy deriving from the law is not sufficient. Therefore, perhaps, it is not a coincidence that the Court, recently, is looking for a further legitimacy “in the open field”, through the dialogue with subjects that do not have their own defined procedural status.

Filippo Pizzolato, *Culture costituenti e Corte costituzionale: il nodo del pluralismo*

Il saggio affronta la questione dell'origine, nei dibattiti dell'Assemblea costituente e soprattutto nella cultura giuridica delle principali forze politiche, della Corte costituzionale nel nostro ordinamento. Emerge una stretta correlazione tra concezione del popolo e ruolo della Corte. In particolare, alla Corte è affidata la tenuta del patto costituzionale come garanzia della convivenza e della cooperazione tra le parti differenziate che compongono un popolo concreto e plurale. In questo senso, il saggio analizza l'evoluzione del pluralismo sociale, distanziatosi dal canale partitico, e prova a trarne conseguenze in ordine alle funzioni della Corte costituzionale.

Constituent Cultures and the Constitutional Court: the Key Issue of Pluralism

The essay addresses the question of the origins, in the Constituent Assembly's debates and especially in the juridical culture of the main political forces, of the Constitutional Court in our legal system. A close correlation emerges between the concept of the People and the role of the Court. In particular, the Court is entrusted with the maintenance of the constitutional pact as a guarantee of coexistence and cooperation between the differentiated parts that compose a concrete and plural people. In this sense, the essay analyzes the evolution of social pluralism, that has moved away from the party channel, and tries to draw consequences for the functions of the Constitutional Court.

Giorgio Repetto, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale. Profili processuali*

Nella riflessione intorno alla giustizia resa dalla giustizia costituzionale possono isolarsi due prospettive: una attenta a ricondurre la giustizia all'esito sostanziale del giudizio, un'altra che si è concentrata sulla flessibilità delle regole processuali come momento di emersione di istanze di giustizia. Muovendo da questa seconda prospettiva, il saggio si occupa di analizzare se e quali istanze di giustizia emergano nella giurisprudenza più recente della Corte costituzionale.

Aspetto comune ai diversi filoni presi in esame è l'idea che la flessibilità delle regole processuali possa essere rivolta tanto a garantire la giustizia individuale quanto quella collegata alla tutela di beni e interessi collettivi. In questo modo, ne esce rafforzata l'idea che il giudizio di costituzionalità (e quello incidentale in particolare) sia la sede in cui trovano composizione l'individualità delle pretese di giustizia (attraverso il legame col caso concreto) e la loro commisurazione a finalità generali (valorizzata dall'autonomia del giudizio costituzionale e dagli effetti erga omnes delle sue pronunce).

Which Kind of Justice is Delivered by Constitutional Justice? A Perspective on Procedural Rules

The peculiar machinery of Italian constitutional justice has led scholars to grasp an idea of justice either in judicial outcomes of decisions or in the procedural rules referred to by the Constitutional court. Moving from this second stance, the article tries to investigate recent judicial trends concerning the modification of some shared procedural assumptions in the incidenter proceeding.

The aim of the contribution is to show that the Italian system of constitutional justice aims at striking a sound balance between individual justice and collective interests enshrined in the Constitution.

Laura Ronchetti, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale in nome della pari dignità sociale: sofferenza dei diritti e insofferenza per chi li calpesta*

Il contributo riflette sulla giustizia resa dalla giustizia costituzionale in nome della pari dignità sociale, quale principio che collega la ragionevolezza con l'eguaglianza sostanziale. La pari dignità sociale ha una ricaduta su tutti i rapporti regolati dalla Costituzione: quelli civili, economici, politici, oltre che quelli etico-sociali, fino a coinvolgere i rapporti tra le istituzioni. L'interrogativo che sorregge le presenti riflessioni, in particolare, è quanto la Corte costituzionale abbia garantito il principio della pari dignità sociale degli stranieri, dei lavoratori, delle donne quali soggetti di diritto su cui storicamente può misurarsi il grado di inclusività dell'ordinamento.

Justice Rendered by Constitutional Justice in Name of Equal Social Dignity: Suffering of Rights and Impatience for Those Who Tramp on Rights

The paper reflects on the justice rendered by Constitutional justice in the name of equal social dignity, as a principle that connects reasonableness with substantive equality. Equal social dignity has an impact on all relations guaranteed by the Constitution: civil, economic, political, as well as ethical-social relationships, up to involving relations between institutions. The question that supports these reflections, in particular, is how much the Constitutional Court has guaranteed the principle of equal social dignity of foreigners, workers, women as legal subjects on which historically the degree of inclusiveness of the system can be measured.

Daniela Bifulco, *Il vincolo del diritto internazionale, la decisione sulla politica estera e la Corte costituzionale italiana*

Il contributo si propone di evidenziare alcuni profili di interesse emergenti da decisioni della Corte costituzionale italiana, nelle quali il tema della politica

estera e delle relazioni internazionali ha assunto rilievo. Nei tre ambiti a tal fine selezionati – trattati e leggi di autorizzazione alla ratifica, il diritto internazionale consuetudinario e l’atto cd. politico – si intravede una dinamica ‘espansiva’, nel corso della quale la Corte ha dovuto esprimersi in relazione a sfere, quale quella della politica estera e dei rapporti internazionali, ritenute, tradizionalmente e per lungo tempo, ‘inattaccabili’ dal suo sindacato. Le decisioni selezionate saranno poste a confronto con trend più generali e, segnatamente, con dinamiche qualificate dalla dottrina nei termini di ‘normalizzazione delle relazioni internazionali’ e di ‘terza ondata’ del *judicial review*.

International Law Obligation, Decision on Foreign Policy and the Italian Constitutional Court

This article aims to highlight some profiles emerging from cases in which the Italian Constitutional Court had to face legal issues arising from foreign affairs and international relations. Although courts have traditionally considered foreign policy unsuited to adjudication, the selected cases show a trend in which judicial deference to the so called political question doctrine and self-restraint are called into question. Three spheres are here taken into account : international treaties, customary international law and the political question doctrine. The selected cases will be compared to some more general trends, namely the so called ‘normalization of foreign relations law’ and the ‘third wave’ of judicial review.

Giuseppe Martinico, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*

Questo articolo si propone di offrire un’analisi critica dei più recenti sviluppi nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana con riferimento al rapporto fra diritto interno e diritti europei (sia il diritto dell’UE sia il diritto della c.d. Convenzione europea dei diritti dell’uomo). Nel farlo, l’articolo si soffermerà in particolare su due decisioni emblematiche: le sentenze nn. 269/2017 e 49/2015 della Corte costituzionale.

Interpretative Conflicts and Judicial Competition in European Constitutional Law

This article aims to offer a critical reflection over the latest developments in the case-law of the Italian Constitutional Court about the relationship between domestic law and European laws (European Union law and the European Convention of Human Rights). In so doing, I shall focus on two emblematic decisions, namely judgment 269/2017 and judgment 49/2015 of the Italian Constitutional Court and on their legacy.

Angioletta Sperti, *Corte costituzionale e opinione pubblica*

Lo scritto esamina la relazione tra Corte costituzionale e opinione pubblica a seguito dei profondi cambiamenti della comunicazione istituzionale dell'organo di giustizia costituzionale. Dopo aver illustrato la definizione di «opinione pubblica» rilevante ai fini della ricerca, lo scritto analizza il passaggio da un rapporto solo mediato ed unidirezionale della Corte con l'opinione pubblica ad uno diretto e di tipo dialogico. Esamina quindi – anche in una prospettiva comparatistica – le ragioni di tale trasformazione, riconducendole all'attuale scenario della comunicazione e all'esigenza della Corte di fornire un'informazione più accurata sulla propria attività ed il proprio ruolo. Lo scritto esplora, infine, le conseguenze sul piano della legittimazione della Corte, sottolineando come sia errato ricostruire il suo rapporto con l'opinione pubblica nei termini in cui esso è stato in passato pensato per gli organi politici e conclude osservando che la svolta mediatica chiami oggi sia i giudici che la Corte ad una nuova responsabilità.

Constitutional Court and Public Opinion

The article addresses the deep changes that in the last few years have affected the Constitutional Court's communication strategies in order to explore the Court's relationship with public opinion. It moves from the definition of "public opinion" and analyses the shift from a mediated and unidirectional relationship between Court and public opinion to a direct and dialogical relationship. It also identifies the reasons underlying the transformation in the changes that are currently affecting public communication and, in a comparative perspective, in the need of the Court to provide more accurate information about its role and rulings. Finally, the article analyses the consequences on the legitimacy of the Courts arguing that the Court's relationship with public opinion should not be assimilated to the relationship that traditionally political branches of government had with public opinion. The article concludes that the latest changes call the Court and the Justices to a new responsibility.

Franco Modugno, *Vecchie e nuove questioni in tema di giustizia costituzionale. Il superamento dell'insensato dualismo tra (semplice) legalità e costituzionalità*

Partendo dal dialogo avviato quasi quarant'anni fa con Gustavo Zagrebelsky, l'Autore ragiona sulle vecchie e sulle nuove questioni della giustizia costituzionale e il lavoro è l'occasione per tornare su temi che hanno segnato la sua produzione scientifica. In questa prospettiva il saggio analizza: il tema della funzione paralegislativa della Corte, per porre in evidenza come essa, alla luce degli sviluppi successivi, si sia dimostrata quale autentica manifestazione del sindacato di costituzionalità, volto non a sanzionare la secca incompatibilità, bensì a valutare il *quantum* di conformità alla Costituzione; il superamento dell'insensato duali-

simo tra legalità legale e legalità costituzionale, che ha trovato compiuta manifestazione nel canone dell'interpretazione conforme; il ruolo sempre più centrale del caso concreto, come “problema individuale di comportamento”, cui il diritto è chiamato a dare risposte. Il lavoro si chiude con una generale riflessione sul sempre maggiore spazio ricoperto dalla giurisdizione nello Stato costituzionale.

Old and New Issues of Constitutional Justice. The Overcoming of the Senseless Dualism between (Mere) Legality and Constitutional Legality

Moving from the dialogue started almost forty years ago with Gustavo Zagrebelsky, the Author deals with the old and new issues of constitutional justice. The reflection is an opportunity to return to topics that have marked his scientific production. In this perspective, the essay analyzes: the theme of the Constitutional Court's activism, to highlight how, in the light of its developments, this activity proved to be an authentic manifestation of the constitutional control, aimed not at sanctioning the mere incompatibility, but at assessing the *quantum* of conformity with the Constitution; the overcoming of the senseless dualism between legal and constitutional legality, which has found its complete manifestation in the canon of the interpretation consistent with the Constitution; the increasingly central role of the concrete case, as an “individual problem of behaviour”, to which the law is called to give answers. The work ends with a general reflection on the growing space covered by jurisdiction in the constitutional State.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

GUSTAVO ZAGREBELSKY, Professore emerito di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Torino e Presidente emerito della Corte costituzionale

FILIPPO PIZZOLATO, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Padova

GIORGIO REPETTO, Professore associato di Istituzioni di diritto pubblico, Università degli Studi di Perugia

LAURA RONCHETTI, Ricercatrice di Diritto costituzionale, Università degli Studi del Molise

DANIELA BIFULCO, Professore ordinario di Diritto pubblico comparato, Università degli Studi della Campania 'Luigi Vanvitelli'

GIUSEPPE MARTINICO, Professore associato di Diritto pubblico comparato, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

ANGIOLETTA SPERTI, Professoressa associata di Diritto pubblico comparato, Università di Pisa

FRANCO MODUGNO, Professore emerito di Diritto costituzionale, "Sapienza" Università di Roma e Giudice della Corte costituzionale

La Rivista «Diritto e Società» – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansone e da Cedam.

«Diritto e Società» è dotata di un Codice etico e di un Regolamento, pubblicati sul sito web della Editoriale Scientifica all'indirizzo:

<http://www.editorialescientifica.com/diritto-e-societa.html>.

Estratto dal Regolamento della Rivista

ARTICOLO 2

(Tipologia dei contributi)

1. I contributi sono proposti per la pubblicazione dai componenti del Comitato di Direzione e del Comitato Scientifico. Il proponente ne accerta previamente la scientificità e la pertinenza con l'area tematica della Rivista.
2. «Diritto e Società» non accetta contributi già pubblicati su altre Riviste, anche telematiche. Gli Autori, sottoponendo il contributo a «Diritto e Società», si impegnano a non proporlo o pubblicarlo su altre Riviste, anche telematiche.
3. Possono essere proposti per la pubblicazione, sulla quale decide il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, contributi in corso di stampa in volumi collettanei.
4. I contributi inviati alla Rivista dall'Autore di sua iniziativa sono vagliati dal Direttore responsabile, il quale può anche sottoporli a uno o più componenti del Comitato di Direzione.
5. Tutti i contributi, tranne le *Recensioni*, sono sottoposti al procedimento di revisione di cui all'art. 3. Il Direttore responsabile, anche sentito il Comitato di Direzione, può eccezionalmente decidere di non sottoporre a revisione un contributo; della circostanza è dato conto nella prima nota a pie' di pagina.

ARTICOLO 3

(Procedimento di revisione)

1. I contributi proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono sottoposti a un procedimento di revisione tra pari, almeno a singolo cieco (*single blind*).
2. Essi, dopo essere stati resi eventualmente anonimi, sono inviati dal Direttore responsabile a due *referee* scelti nell'ambito di un elenco, periodicamente aggiornato, di professori di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica. L'elenco dei valutatori impegnati nell'ultimo triennio è annualmente pubblicato assieme all'ultimo fascicolo della Rivista.
3. In casi eccezionali, il Direttore responsabile può individuare uno dei due *referee* anche tra i componenti del Comitato Scientifico.
4. Il *referee* valuta l'ampiezza e l'originalità della trattazione, la chiarezza dell'analisi critica, la familiarità con la letteratura, anche straniera, più rilevante sul tema, la correttezza dell'uso delle fonti e del metodo. A tal fine, a ciascun *referee* è inviata, assieme al contributo, una Scheda per la valutazione.

5. Il *referee* esprime la propria valutazione inviando la Scheda compilata all'indirizzo *e-mail* del Comitato di Direzione, entro il termine indicato dal Direttore responsabile.
6. Nel caso di dichiarata indisponibilità del *referee* o di mancato rispetto del termine per la revisione, il Direttore responsabile provvede a sostituire il *referee*.
7. Il *referee* può ritenere il contributo pubblicabile, non pubblicabile, pubblicabile con modifiche, pubblicabile con suggerimenti. Le modifiche o i suggerimenti sono inviati dal Direttore responsabile all'Autore, il quale resta libero di seguire o meno i suggerimenti.
8. Nel caso uno solo dei due *referee* ritenga il contributo non pubblicabile, la decisione sulla pubblicazione è presa dal Direttore responsabile, anche sentito uno o più componenti del Comitato di Direzione.
9. Il Direttore responsabile custodisce, in formato elettronico, copia di tutte le Schede di valutazione e delle *e-mail* con cui sono state ricevute.

Il Comitato di Direzione e il Comitato di Redazione hanno sede in Roma presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

e-mail del Comitato di Direzione: dirittoesocieta@gmail.com

e-mail del Comitato di Redazione: dirittoesocieta.red@gmail.com

AMMINISTRAZIONE

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081 5800459

www.editorialescientifica.com

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Alessandra Sandulli

ABBONAMENTI

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

email: editoriale.abbonamenti@gmail.com

Abbonamento 2020: Italia euro 120,00, estero euro 300,00

REGISTRAZIONE

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di aprile 2020
da *La Buona Stampa* – Napoli