GRUPPO di PISA
Dibattito aperto sul Diritto e la Giustizia Costituzionale

LA (SOSTENIBILE?) LEGGEREZZA DELL'ESSERE. DIALOGO CON IL LEGISLATORE E "DEBOLEZZA" NEL GIUDIZIO DI COSTITUZIONALITÀ*

ALESSIO RAUTI**

SOMMARIO. – 1. Dalla "crisi del parlamentarismo" alle difficoltà di legittimazione delle Corti costituzionali: andata e ritorno. – 2. Il costituzionalismo politico di J. Waldron e la critica "basata sui diritti". – 3. *Segue*: la chiusura al sindacato forte di costituzionalità ed il possibile ruolo del controllo "debole". – 4. Il sindacato debole di costituzionalità: il significato "originario" della categoria e i dubbi sulla coerenza interna del modello. – 5. Allargamento semantico della distinzione tra "forza" e "debolezza" nel controllo sulle leggi: il problema del *come*. – 6. La legittimazione della Corte costituzionale italiana. – 7. L'ordinanza di rinvio a data fissa (la c.d. doppia pronunzia). – 8. *Segue*: l'intensità del monito e gli spazi di intervento del legislatore dopo la decisione di accoglimento. Dal "caso Cappato" alla sentenza n. 135 del 2024. – 9. Le due successive "doppie pronunce". – 10. Conclusioni. Dal sindacato "debole" alla doppia pronunzia. Le condizioni di una (sostenibile) leggerezza.

1. *Dalla crisi del parlamentarismo alle difficoltà di legittimazione delle Corti costituzionali: andata e ritorno*

Il ruolo centrale che nel costituzionalismo contemporaneo i giudici e le Corti costituzionali ricoprono in ordine al riconoscimento ed alla garanzia dei diritti è il frutto di almeno tre fattori.

Il primo è certamente la presenza di una Costituzione composta in prevalenza da princìpi, anche in ordine alla disciplina dei diritti. In particolare, un diritto formulato in termini di principio è, tendenzialmente, una sorta di macro-diritto, che contiene o può

* Contributo sottoposto a doppio referaggio anonimo. Testo rielaborato ed ampliato dell'intervento al Convegno italo-spagnolo del "Gruppo di Torino" su *L'indipendenza della giustizia costituzionale sotto esame* (Madrid 21 marzo 2024).

** Professore Associato di *Diritto costituzionale* e docente di *Diritto costituzionale II*, *Minori stranieri e tutela multilivello dei diritti*, *Clinica legale di Diritto dell'immigrazione* nell'Università *Mediterranea* di Reggio Calabria.

racchiudere al suo interno diverse situazioni soggettive, o, se si vuole, *posizioni elementari*[1]. Si pensi al modo in cui il diritto alla salute si traduce, allo stesso tempo, nella pretesa ad ottenere determinati trattamenti sanitari, alla libertà di *non sottoporsi* a tali trattamenti – in quanto soggetti adulti capaci di intendere e di volere – nonché nella pretesa ad essere informato sulla natura e gli eventuali rischi del trattamento sanitario proposto all'interno della relazione medico-paziente.

In particolare, il c.d. dovere di *non liquet* si attiva per il giudice anche nel caso in cui questi nutra un dubbio sulla capacità di un principio-diritto costituzionale – dunque, di un'istanza di valore già positivizzata – di offrire copertura ad una nuova e peculiare domanda di giustizia che non trovi adeguato rimedio nella legislazione. In questo caso, la scelta di rigettare semplicemente la domanda, senza rivolgersi alla Corte costituzionale, sembra tradire il ruolo del giudice nel sistema accentrato di costituzionalità, perché *impedisce* al Giudice delle leggi di pronunciarsi. Eventualmente, sarà quest'ultimo a decidere *se* una pronuncia nel merito determini una invasione della discrezionalità del legislatore.

Dalla natura bivalente dei princìpi costituzionali – direttive politiche fondamentali e norme giuridiche – deriva tanto la giuridificazione della politica, quanto l'intrinseca politicizzazione (in senso non partitico) della giurisdizione[2], riversandosi nel giudizio l'eccedenza assiologica di quei principi. A maggior ragione, ciò accade nell'ipotesi prima ricordata, ove nuovi diritti privi di riconoscimento legislativo (c.d. "diritti senza legge") vengano derivati, in modo più o meno intuitivo e argomentato, da quelli già espressamente sanciti dal testo costituzionale[3].

A volte, poi, il ricorso al giudice può costituire l'unica possibilità di tutela per quelle categorie di soggetti – si pensi agli stranieri – che, rimanendo normalmente fuori dalle dinamiche della rappresentanza, non possono neppure utilizzare il voto quale strumento di pressione per ottenere modifiche di eventuali leggi che limitano i loro diritti. Peraltro, tali casi costituiscono solo alcuni fra quelli nei quali l'applicazione del principio di eguaglianza e/o del canone della ragionevolezza complessivamente amplifica la centralità dell'operato delle Corti.

La crescita di tali "nuove domande" di giustizia costituzionale – che si innesta su un fenomeno ben noto, derivante dall'avvento dello Stato sociale e dai movimenti per l'accesso alla giustizia[4] – è poi fortemente condizionata sia da uno sviluppo in senso marcatamente individualistico dei rapporti sociali che dalle evoluzioni tecnologiche, le quali peraltro incidono sulla interpretazione e attuazione/applicazione dei medesimi princìpi costituzionali. Ciò contribuisce nel tempo ad allargare il campo del

[1] Sulle *posizioni elementari* secondo Hohfeld – *pretesa* (ad un *facere* o *non facere*), *libertà*, *potere* e *immunità* – v. ora, per alcuni sviluppi, v. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, 2017, 81 ss.

[2] Su tale aspetto, v. L. D'ANDREA, *La natura giurisdizionale della Corte costituzionale tra rappresentanza politica ed esigenza di chiusura del sistema*, in E. BINDI, M. PERINI e A. PISANESCHI (a cura di), *I princìpi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, spec. 345 ss.

[3] Cfr. A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta online*, I/2015, 1 ss.

[4] M. CAPPELLETTI, *Giustizia, accesso alla*, in *Enciclopedia della scienze sociali*, Roma, 1994, in www.treccani.it. Di recente, cfr. C. NARDOCCI, *Il "diritto" al giudice costituzionale*, Napoli, 2020, *passim*.

costituzionalmente rilevante, spostando regolarmente in avanti il confine della giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive di fronte ai giudici.

Un secondo fattore che contribuisce alla centralità della funzione giurisdizionale nello Stato costituzionale contemporaneo è senz'altro l'apertura delle Costituzioni al diritto internazionale e il processo di *costituzionalizzazione*. Tale fenomeno ha trasformato quest'ultimo in una rete di Carte e Trattati sui diritti e nel nostro continente ha posto in un rapporto di necessario dialogo – e, talvolta, di conflitto – le Corti costituzionali con la Corte di Giustizia dell'Unione Europea e, sia pure in mancanza finora di uno strumento di dialogo simile al rinvio pregiudiziale (ma si vedano i punti di contatto con lo strumento previsto dal Protocollo n. 16), con la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Il ruolo decisivo svolto dal Giudice delle leggi all'interno di tali rapporti non si spiega solo nella prospettiva della massima espansione dei diritti attraverso la mutua integrazione interpretativa. Egualmente rilevante, infatti, è la funzione, talora meno visibile e più conflittuale, di presidio degli equilibri peculiari della Costituzione statale di fronte all'intervento di Corti comunque "esterne" all'ordinamento italiano, che si potrebbe ricondurre alla c.d. terza "ondata" negli sviluppi del giudizio di costituzionalità[5].

Infine, il terzo elemento è comunemente rinvenuto nella crisi della rappresentanza politica. È affermazione diffusa che l'inerzia del legislatore abbia addossato alla Consulta un compito di vera e propria "supplenza" nella garanzia dei diritti e nella loro individuazione, cui la stessa ha fatto fronte ricorrendo all'utilizzo di decisioni manipolative. Ma la questione travalica evidentemente i confini nazionali, come dimostra la presenza di poderosi studi comparatistici sulle Corti costituzionali come legislatori positivi[6].

I motivi di tale sviluppo sono molteplici. Già un secolo addietro, C. Schmitt denunciava la crisi della radice liberale del parlamentarismo – il suo «fondamento spirituale» – rinvenuto, oltre che nella divisione dei poteri, nella *pubblicità* e nella *discussione*[7], in breve: nella dialettica pubblica delle opinioni contrapposta al semplice

[5] Cfr. in tal senso D. LUSTIG-J.H.H. WEILER, *Judicial review in the contemporary world. Retrospective and prospective*, in *I•CON* (2018), Vol. 16, No. 2, 315 ss., che, riprendendo in chiave aggiornata l'analisi comparativa di M. Cappelletti, segnalano il susseguirsi di tre "ondate" relative al sindacato di costituzionalità. La prima riguarda la diffusione e la progressiva qualificazione di tale strumento come elemento essenziale dello Stato costituzionale. La seconda attiene, invece, al processo di costituzionalizzazione del diritto internazionale, che – soprattutto a partire dal secondo dopoguerra – ha portato all'applicazione giudiziaria delle norme internazionali ed all'espansione del numero dei Tribunali internazionali o sovranazionali. Infine, la terza, i cui contorni non sarebbero ancora nettamente definiti, ingloberebbe, fra l'altro, le scelte delle Corti nazionali volte a salvaguardare lo Stato di diritto, la democrazia e l'identità costituzionale anche, eventualmente, *contro* il diritto internazionale.

[6] Cfr. A.R. BREWER-CARIAS (ed.), *Constitutional Courts as Positive Legislators: A Comparative Law Study*, Cambridge, 2011.

[7] C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1923-1926), trad.it. a cura di G. Stella, Torino, 2004, spec. 45 ss. (ma v. pure ID., *Verfassungslehre* (1928), trad.it a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984, spec. 416 ss.). Come noto, il concetto schmittiano di democrazia come *identità* (omogeneità di natura sostanziale) fra governati e governanti (p. 17, nt. 6) trova la sua fisiologica espressione nell'*acclamatio* – in quanto «il popolo esiste solo nella sfera della pubblicità» – e si basa sull'idea della «eguaglianza fra gli uguali», risultando incompatibile con la logica del parlamentarismo nella democrazia di massa, in cui ogni adulto – per ciò solo, al di fuori, dunque, di un elemento di

calcolo degli interessi ed alle decisioni assunte più o meno in segreto[8]. Quella critica si fondava sulla constatazione per cui, con l'avvento della democrazia delle masse, l'argomentazione in senso proprio, elemento caratteristico dell'autentica discussione, veniva a scomparire, lasciando posto agli appelli propagandistici agli interessi[9].

Se quel giudizio era storicamente legato all'avvento dei partiti di massa, la contemporaneità è invece segnata dal venir meno della loro forma originaria – pur permanendo fenomeni corruttivi dentro le istituzioni – e dalla trasformazione e frammentazione del "rappresentato"[10]. Il risultato complessivo ci restituisce un evidente crollo della loro legittimazione, attestata, in Italia, dai numeri davvero preoccupanti dell'astensionismo elettorale, che non irragionevolmente si può ritenere legato a motivi di protesta. Si aggiungono poi ulteriori processi, anche fra loro eterogenei, come l'asservimento della politica all'economia, l'espansione delle attribuzioni dell'Unione Europea, lo spostamento del baricentro del potere politico verso l'Esecutivo e verso forme alternative di regolazione, interna o esterna.

Pure all'interno di ordinamenti, come quello italiano, in cui la Corte costituzionale gode nel complesso di una buona legittimazione, la caratterizzazione dello Stato costituzionale contemporaneo in senso sempre più giurisdizionale è stata oggetto di diverse critiche, riaccese in relazione agli sviluppi dell'ultimo decennio.

Spesso esse si appuntano sulla creazione pretoria di nuove tecniche decisorie, con le quali, a seconda dei casi, la Corte porrebbe sotto stress o addirittura violerebbe le norme sul processo costituzionale, magari per tener conto delle "ragioni" del legislatore o delle conseguenze economiche sulla garanzia dei diritti sociali che potrebbero derivare da una eventuale decisione secca di incostituzionalità; oppure mostrerebbe, al contrario, un'indebita propensione a marcare la *judicial supremacy*, varcando il confine della discrezionalità legislativa e spingendo sempre più in avanti, nella risposta alla questione o al ricorso, il confine della materia costituzionale, con ciò erodendo sensibilmente la caratura politica delle norme della Carta, in nome di una sorta di pangiuridicismo[11].

La prima critica ha come bersaglio il ragionamento della Corte eccessivamente orientato alle conseguenze delle proprie decisioni e del ruolo da essa rivestito nella forma di governo. La seconda, invece, denuncia una sorta di sostituzione arbitraria alle decisioni politiche e l'uso "ideologico" dell'inerzia del Parlamento come ragione giustificativa di tale caratura politica del giudizio costituzionale. Si potrebbe infatti ritenere che l'inerzia non corrisponda necessariamente ad una mera omissione, potendo

---

identità/omogeneità, può rientrare nella comunità politica. Su tale concezione, v., fra gli altri, le riflessioni critiche di G. AZZARITI, *Critica alla democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005.

[8] In tal modo è possibile far emergere anche eventuali opinioni minoritarie maggiormente corrette e/o adeguate (relativamente "vere"), sottraendo la deliberazione parlamentare alla mera logica dell'autorità e connettendo insieme il parlamentarismo, la democrazia e la garanzia delle libertà fondamentali, in specie, di quelle "negative" (di parola, di stampa, di riunione, etc.).

[9] C. SCHMITT, *op. ult. cit.*, 8.

[10] Cfr. M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON e F. BIONDI, *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza politica*, Milano, 2001, 109 ss.

[11] Di «funzione onnivora della politicità costituzionale» discorre, ad esempio, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12/2021, 180.

invece derivare da una diversa valutazione del Parlamento sull'esistenza stessa di un diritto, sul modo di interpretare la coscienza sociale, sui tempi più opportuni per intervenire, etc.

Talvolta, la posizione della dottrina si mantiene entro l'auspicio di un *minimalismo giudiziario* nell'affrontare le singole questioni di costituzionalità, ovvero di un approccio *progressivo* della Corte – *one case at time* – e non *per salti*. Riconoscendo il peso del "contesto" istituzionale nell'attività della Consulta, si individuano gli ambiti particolari in cui – e le tecniche decisorie con le quali – i giudici costituzionali sembrano attenersi ad una particolare e opportuna "moderazione"[12]. In altri casi, la soluzione sottesa alle critiche parrebbe sfociare, in chiave prescrittiva, in una sorta di *superminimalismo* del sindacato di costituzionalità delle leggi, che cambia non di poco la visuale di tutto l'operato della Corte[13].

Per approfondire il senso delle critiche rivolte alla Corte costituzionale, fuoriuscendo dal perimetro dell'ordinamento italiano, nei §§ 2-3 richiameremo alcuni assunti del c.d. *political constitutionalism* – che, in un certo senso, si oppongono frontalmente al *de profundis* del parlamentarismo pronunciato (in modo non disinteressato) già da Schmitt[14] – soffermandoci sulle tesi di Waldron e, in particolare, sulle sue critiche al sindacato di costituzionalità. Di seguito, nei §§ 4-5 analizzeremo i diversi significati della distinzione fra sindacato "forte" e sindacato "debole" di

[12] Cfr. M. MASSA, *Corte costituzionale e minimalismo*, in *Questione giustizia*, 4/2020, 53 ss.; ID., *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2023.

[13] In tal senso, ad esempio, A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II*, cit., 197 ss., sottopone a serrata critica anche alcune tecniche decisorie e/o argomentative che altri (M. MASSA, *Minimalismo giudiziario*, cit., 272 ss.) hanno considerato possibili espressioni di moderazione giudiziaria (si pensi agli ambiti rispetto ai quali la Corte ha deciso di limitare il suo sindacato all'eventuale esistenza dei c.d. vizi manifesti, nonché alla c.d. doppia pronuncia inaugurata con il c.d. "caso Cappato", sui cui ritorneremo in chiusura). La critica è legata, nel primo caso, alla natura asseritamente retorica dell'aggettivo "manifesto" (o "evidente") per qualificare il vizio su cui la Corte potrebbe intervenire senza eccessiva compressione della discrezionalità legislativa (si pensi all'evidente mancanza delle circostanze di urgenza per il decreto-legge). Nel secondo caso, invece, si contesta la tendenza della Consulta ad instaurare il dialogo del legislatore attraverso una ordinanza che, in sostanza, consegna al primo un quadro di princìpi già oltremodo definito (come nel Caso Cappato, su cui si ritornerà). Di recente, dello stesso A., v. *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, in *Rivista AIC*, 3/2024. 186 ss. Sulla necessità di particolare moderazione della Corte costituzionale nella "concretizzazione" della Carta e sull'attribuzione al solo legislatore del compito di "intercettare" le evoluzioni della coscienza sociale, cfr. N. ZANON, *Pluralismo dei valori e unità del diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2015, 919 ss.; ID., *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Federalismi.it*, 3/2021. 86 ss.

[14] Oltre a J. Waldron, su cui si dirà più avanti, v. per tutti R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007; M. TUSHNET, *Weak Courts, Strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, 2008. In tema, nella letteratura italiana, per lo più con accenti critici, cfr. M. GOLDONI, *Il ritorno del costituzionalismo alla politica: il "Political" e il "Popular" Constitutionalism*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2010, 733 ss.; ID., *Che cos'è il costituzionalismo politico?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 10/2010, 337 ss.; ID., *Two internal critiques of political constitutionalism*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2013 (Vol. 10) No. 4, 926 ss.; ID., *Constitutional Reasoning According to Political Constitutionalism: Comment on Richard Bellamy*, in *German Law Journal*, 6 marzo 2019; C. PINELLI, *Interpretazione costituzionale e deliberazione politica nel recente dibattito angloamericano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3/2012, 1015 ss.; R. BIN, *Diritti, giudici e poteri*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2013, 1049 ss.; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014, 201 ss.

costituzionalità, esaminando anche il funzionamento e gli istituti del c.d. *New Commonwealt Model of Constitutionalism* e distinguendo fra un profilo *strutturale* ed uno *funzionale* della c.d. *weak form of judicial review*. Infine, nei §§ 6-8 ci soffermeremo sulla legittimazione della Corte costituzionale italiana e sulla più recente tecnica dell'ordinanza (motivata) di rinvio a data fissa, al fine di verificarne il fondamento e, soprattutto, la possibilità di considerarla una reale espressione di "debolezza" del giudizio di costituzionalità.

2. *Il costituzionalismo politico: Waldron e la critica "basata sui diritti"*

Il costituzionalismo politico, ancorché gemmato soprattutto nel contesto del Regno Unito, nei suoi sviluppi più recenti presenta notevoli punti di contatto con il c.d. *popular constitutionalism* (volto a contestare soprattutto il predominio interpretativo – quasi "imperialistico" – della Corte suprema statunitense, predicando il passaggio ad un sistema che affidi al popolo l'ultima parola sul significato della Costituzione)[15].

A dispetto del c.d. *legal constitutionalism* (o neo-costituzionalismo), tali correnti di pensiero rivendicano, in chiave normativa, l'indispensabile ruolo del Parlamento nella decisione sui diritti – sebbene talvolta non prestando adeguata attenzione alla ricostruzione del concetto di rappresentanza politica – contestando l'esistenza stessa del controllo di costituzionalità o quantomeno il fatto che le Corti abbiano l'ultima parola, soprattutto in materia di diritti non espressamente previsti nel testo costituzionale o sulla cui interpretazione/attuazione esistono accese controversie nella società.

Nella forma pura ed estremamente coerente del *political constitutionalism*, tale critica si estende alla costituzionalizzazione *tout court* dei diritti – e, dunque, al concetto di *constitutional precommitment* – che costituirebbe un presupposto decisivo della c.d. *Juristocracy*[16]. Difatti, in un modello puro di *parliamentary supremacy* il riconoscimento dei diritti dovrebbe aversi unicamente attraverso la legge.

Tuttavia, ai nostri fini sono più interessanti i tentativi di contestare la c.d. *judicial supremacy* – potrebbe dirsi: il diritto all'ultima parola delle Corti nel processo di interpretazione e attuazione dei diritti – in presenza di una Costituzione rigida, che garantisce i diritti tendenzialmente – ma non solo – in forma di princìpi[17].

---

[15] Cfr. per tutti L. KRAMER, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, 2004.

[16] C. GUARNIERI-P. PEDERZOLI, *From democracy to juristocracy*? *The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, Oxford, 2002 (ma in tema v. già A. STONE SWEET, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, 2000). La formula "juristocracy" è ripresa in particolare da R. HIRSCHL, *Toward Juristocracy: The Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Cambridge, 2004. Su tutti, già prima: R. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of Law*, New York, 1990; ID., *Il giudice sovrano. Coercing Virtue*, Milano, 2006.

[17] Pur considerandosi *presupposti* i diritti fondamentali, «poiché l'atto fondativo dell'ordinamento è la Costituzione, se ne ha che, senza o al di fuori di questa, non possono esservi diritti propriamente "fondamentali"»: così, da ultimo, A. RUGGERI, *La "fondamentalità" dei diritti fondamentali*, in C. PANZERA e A. RAUTI (a cura di), *Attualità di diritto pubblico*, III, Napoli, 2024, 55 ss. Sicché, i diritti socialmente apprezzati come fondamentali per la loro *sostanza* – gli interessi o bisogni che soddisfano – richiedono la necessaria *forma* (la rigidità della fonte che ne offre il riconoscimento e la garanzia) per «la

Tuttavia, anche in quest'ultima ipotesi il processo di positivizzazione non si esaurirebbe affatto: sia perché si aprirebbe la fase dell'*attuazione* legislativa dei princìpi, sia in quanto la coscienza sociale potrebbe far emergere nuove istanze che premono per la loro realizzazione attraverso la garanzia di nuovi diritti fondamentali che si "agganciano" alla lettura evolutiva delle disposizioni della Carta. Del resto, il fatto che alcuni diritti risultino socialmente apprezzati come tali *prima* ancora che intervengano le *forme* del diritto non elimina – anzi postula – la necessità della loro *positivizzazione.* Per il costituzionalismo politico, dunque, l'ultima parola su tale doppio processo – attuazione dei diritti costituzionali e riconoscimento di nuovi diritti – dovrebbe essere rimessa al solo Parlamento.

Jeremy Waldron costituisce senz'altro uno dei principali e più prolifici esponenti del costituzionalismo politico[18]. La sua tesi muove dalla critica alla concezione di Dworkin che considera i diritti sempre e comunque come "carte vincenti" (*trump cards*) sulla decisione politica relativa al bene pubblico e che, dunque, intravede una contraddizione interna nel rimettere le scelte sugli stessi diritti alla decisione della maggioranza politica. Ma, in modo peculiare, la sua critica ai diritti pretende di essere *fondata sulla stessa esigenza di più adeguata tutela dei diritti stessi*.

La tesi è per lo più di carattere *normativo*, ma si fonda anche su alcune asserzioni di tipo *descrittivo*.

Egli parte dall'individuazione delle c.d. *circostanze della politica* e, in particolare, dalla probabile – a tratti, inevitabile – presenza nelle attuali società pluralistiche di un disaccordo sulle questioni morali relative ai diritti, che la politica ha il compito di rappresentare per giungere ad una decisione a maggioranza, che non può essere fondata sul mero *standard* degli utilitaristi, perché la sola dimensione *quantitativa* del grado di soddisfazione dell'interesse complessivo potrebbe indurre a ritenere che un interesse modesto, ma comune ad una vasta maggioranza, debba prevalere su un interesse importante di una minoranza, fino a considerare quest'ultima come mezzo e non come fine[19].

Si contesta inoltre l'idea che, di fatto, nella decisione politica a maggioranza entrino in gioco *solo* interessi, più o meno egoistici o di partito. Se fosse davvero solo questo, allora i diritti dovrebbero essere concepiti come strumenti riconosciuti al singolo per "resistere" a tali decisioni (come vere e proprie *trump cards*).

Segnatamente, nella realtà l'azione orientata al proprio interesse è solo una delle prospettive che animano il comportamento dei rappresentanti politici e degli elettori. Ne esiste tuttavia un'altra, che ha a che fare con le *opinioni*, secondo cui il disaccordo sui diritti non maschera necessariamente un conflitto di interessi[20].

Nel complesso, per quanto spesso la realtà offra invece scenari sconfortanti, gli elettori non solo *devono esprimere*, ma *di fatto esprimono anche* opinioni che

---

salvaguardia della dignità della persona che ne è titolare e per la integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo» (p. 61).

[18] Per i contributi monografici, v. J. WALDRON, *Law and disagreement*, Oxford, 1999; ID., *The dignity of legislation*, Cambridge, 1999, che costituiscono in realtà una ripresa e rielaborazione di diversi saggi.

[19] Cfr. J. WALDRON, *Rights in Conflict*, in *Ethics*, 1989 (Vol. 99), No. 3, 508.

[20] J. WALDRON, *Rights and Majorities: Rousseau Revisited*, in *Nomos*, 1990 (vol. 32), 53.

costituiscono una «personale convinzione circa il modo migliore per promuovere il bene generale»[21]. Quando ciò si verifica ed anche l'opinione minoritaria viene presa correttamente in considerazione al pari delle altre, il fatto che prevalga un'altra opinione non ha nulla di tirannico. Così, «finché il legislatore risponde a tale modello non si deve pensare a diritti individuali e alla democrazia maggioritaria come necessariamente antitetici tra loro»[22].

La teoria di Waldron prospetta un preciso modello di riferimento per la necessaria "dignità della legislazione", fondato su due punti centrali: l'autonomia morale della persona, da un lato, e l'eguaglianza politica (o eguaglianza nell'autonomia politica) dei cittadini.

La prima costituisce il punto di connessione fra l'idea stessa dei diritti e l'esistenza del disaccordo teorico, presupponendosi in ciascuno la capacità non solo di adottare decisioni sulla propria vita e di esercitare i propri diritti, ma, più in generale, di esprimere giudizi morali e opinioni sul bene comune e sul contenuto dei diritti stessi. L'eguaglianza politica costituisce lo strumento e la garanzia dell'autonomia politica, dovendo in teoria assicurare che ogni opinione sui diritti venga complessivamente presa in considerazione in modo corretto e con pari peso.

L'eguaglianza politica risulterebbe compromessa dalla presenza di un controllo *forte* di costituzionalità sulle leggi in materia di diritti – da intendersi come sindacato che ne consente l'annullamento o la disapplicazione[23] – perché tale attribuzione delle Corti, del tutto sganciata da qualsiasi collegamento con l'autonomia politica dei cittadini, non solo non garantisce un livello più alto di tutela, ma finirebbe per erodere lo spazio di decisione parlamentare sul contenuto e sulla stessa individuazione dei diritti, che può fare emergere in modo diretto e franco il relativo conflitto fra giudizi morali, mentre le Corti sono tenute a mantenere (e, un certo senso, nascondere) tali giudizi nella struttura dell'interpretazione costituzionale[24].

Non essendo i Tribunali costituzionali rappresentanti politici, l'autonomia politica dei cittadini non avrebbe alcun peso nelle loro decisioni sui diritti. Anzi, un tale sindacato potrebbe costituire un *pull factor* per l'inerzia degli organi di indirizzo politico e, indirettamente – con una punta di esagerazione – per la stessa partecipazione alle elezioni. In particolare, Waldron intravede il pericolo di determinare una netta cesura fra l'esercizio dei diritti politici e l'espressione democratica sull'individuazione e le modalità di tutela *degli altri diritti* (civili e sociali), cesura che contraddice la blindatura fra autonomia morale e autonomia politica tipica dello Stato *liberal democratico* e finisce per costituire l'ennesimo fattore di disaffezione alla partecipazione politica[25].

---

[21] J. WALDRON, *Rights and Majorities*, cit., 55.

[22] J. WALDRON, *op. ult. cit.*, 71.

[23] J. WALDRON, *The Core of the Case against Judicial Review*, in *The Yale Law Journal*, 2006 (Vol. 115), No. 6, 1370.

[24] J. WALDRON, *The Core*, cit., 1376.

[25] Ancora sulla critica al sindacato "forte" di costituzionalità, v. soprattutto *Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators*, in *Supreme Court Law Review*, 23, 2004, 9 ss.; *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, in *Nomos*, 2011 (Vol. 50), 3 ss.; *Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts*, in *The Yale Law Journal*, 123, 6 (2014), 1692 ss.; *Control de Constitucionalidad y Legitimidad*

3. Segue: *la chiusura al sindacato forte di costituzionalità ed il possibile ruolo del controllo "debole"*

Waldron non riprende formalmente la nota formula di Bickel sulla c.d. "difficoltà contro-maggioritaria", ritenendo anzi che tale formula possa essere fuorviante, visto che anche le Corti possono decidere (e spesso decidono) a maggioranza e perché il fuoco del discorso non riguarda la maggioranza parlamentare ma i diritti politici *di tutti gli elettori* – anche quelli le cui opinioni risultano minoritarie in Parlamento, ma ivi possono essere ritenute degne al pari delle altre – e la discussione morale sui diritti.

Al riguardo, egli non ignora affatto che a volte proprio l'intervento risoluto delle Corti costituzionali abbia costituito la garanzia per l'effettività dell'autonomia politica e dell'eguaglianza politica di una parte dei cittadini. Così come sembra pure ritenere possibile che talvolta il giudizio sulle leggi in qualche modo può costringere l'opinione pubblica e la stessa politica ad affrontare questioni che prima non si volevano "vedere". Si aggiunge poi il dato per cui è fisiologico che il legislatore incontri difficoltà nell'individuare questioni relative a diritti che possono emergere in sede di applicazione concreta.

Tuttavia, affidare ai giudici costituzionali *l'ultima* parola – quella che si esprime con l'annullamento di una legge (o, ma in modo minore, con la disapplicazione) – su questioni relative ai diritti potrebbe in un certo senso chiudere, anziché aprire il dibattito presente in società, con effetti negativi sull'impegno per i diritti e sulla formazione di una diffusa cultura in materia.

Il c.d. "*core case*" della sua critica al sindacato "forte" di costituzionalità si fonda su quattro assunti, che ne costituiscono altrettante condizioni[26]: 1) il buon funzionamento delle istituzioni democratiche[27]; 2) la presenza di un potere giudiziario indipendente e in buono stato di salute[28]; 3) un forte impegno all'idea dei diritti individuali e delle minoranze, ovvero il fatto che la maggior parte della società non solo crede nella regola di maggioranza come principio generale della politica, ma accetta «that individuals have certain interests and are entitled to certain liberties that should not be denied simply because it would be more convenient for most people to deny them»[29], assumendo anche, per essere più concreti, che questo impegno abbia portato

---

Politica, in *Díkaion*, 27, 1 (2018), 7 ss.; *The rule of law and role of courts*, in *Global Constitutionalism*, 2021 (10, 1), 91 ss.; *Rights and the Domain of Weak form Review*, in *NYU School of Law*, Working paper NO. 21-47, September 2021.

[26] V. J. WALDRON, *The Core of the Case*, cit., 1359 ss.

[27] … e, in particolare, la presenza di assemblee rappresentative e legislative che deliberano e votano su questioni di pubblico interesse, procedure adeguate di *lawmaking*, presenza di varie garanzie, come il bicameralismo, la presenza di molteplici livelli di dibattito, la presenza di partiti politici come strumenti per rendere più ampia ed effettiva la rappresentanza delle opinioni e, soprattutto, l'eguaglianza politica (che si traduce nella "equità" della rappresentanza).

[28] … con previsione di appello, collegi con un adeguato numero di componenti, con giudici non elettivi, con ampia preparazione e garanzie di indipendenza, che agiscono solo sulla base di una domanda esterna e su un caso concreto, capaci di offrire adeguate garanzie al *rule of law*.

[29] Cfr. J. WALDRON, *The Core of the Case*, cit., 1364.

all'adozione di una Carta dei diritti[30]; 4) la generale presenza di disaccordi morali e politici sui diritti – sul modo di concepirli e di applicarli – che in larga parte non riguardino questioni di stretta interpretazione e sollevino problemi di considerevole rilevanza pratica.

Waldron parte dall'idea che tali condizioni siano *normalmente presenti* nelle liberaldemocrazie e, nondimeno, che in un certo Stato una di queste possa comunque non darsi. Occorre, dunque, porsi anche il problema dell'eventuale *transizione* verso una *non core society*, nella quale, cioè, uno degli assunti *non risulti più realizzato* e, a suo dire, si potrebbe immaginare il ricorso al sindacato forte di costituzionalità, ammesso che, in base allo stato delle cose, questa scelta costituisca davvero un rimedio o, piuttosto, non riproduca o addirittura aggravi il problema[31].

Si potrebbero immaginare scenari diversi: una legge elettorale appositamente studiata per limitare al massimo l'effettività dell'eguaglianza politica, la totale mancanza di democraticità nei partiti politici, l'adozione di leggi che palesemente minano l'indipendenza della magistratura o privano alcune minoranze di diritti essenziali, l'indisponibilità a cogliere l'emergere nella coscienza sociale di una chiara e forte opzione per il riconoscimento di diritti legati a nuovi bisogni fondamentali.

Non interessa qui verificare se in tutti questi casi – alcuni dei quali evocano scenari per nulla inverosimili rispetto al nostro ordinamento – Waldron riscontrerebbe la realizzazione di una tale transizione, per quanto le condizioni ch'egli pone sono sufficientemente generiche per ricomprenderli. Ci si può limitare a sottolineare l'evidente vizio logico per cui – salvo la schmittiana manifestazione del sovrano-custode nello stato di eccezione – non è dato capire *a chi spetterebbe il compito di rilevare il venir meno dei presupposti*, compito che, invece, il funzionamento del suo stesso modello parrebbe a rigore richiedere come attività *ordinaria* e non legata all'*eccezione*.

[30] In verità, in diverse sedi Waldron critica l'approvazione di una Carta dei diritti, ove intesa come un vero e proprio *precommitment*. Il richiamo al *Bill of Rights* come specificazione concreta del terzo assunto, relativo all'impegno per i diritti, sembra piuttosto operata proprio al fine di escludere che esista comunque una necessaria connessione fra l'esistenza di una Carta dei diritti e l'introduzione di un controllo "forte" di costituzionalità. Nel medesimo saggio, comunque, precisa che «the bland rhetoric of the Bill of Rights was designed simply to finesse the real and reasonable disagreements that are inevitable among people who take rights seriously for long enough to see such a bill enacted»: J. WALDRON, *The Core of the Case*, cit., 1369. In questo senso, quelli consacrati nel *Bill of Rights* sarebbero pur sempre «bland commitments», la cui «forza gravitazionale» consentirebbe di attrarre e ricomprendere qualsiasi lato del disaccordo. In presenza, poi, di un giudizio di costituzionalità, questo sarebbe un «field day» per gli avvocati. Sulla critica ai *constitutional constraints*, v. il § 4.

[31] Per J. WALDRON, *The Core of the Case*, cit., 1405, occorre, in altri termini considerare se tale intervento e tale pratica rendano più facile o più difficile rimediare alle disfunzioni del processo democratico, citando, a proposito, la nota sentenza della Corte Suprema statunitense *Brown vs. Board of Education* (1954) – con cui fu superato per gli studenti di colore il principio del *separate but equals* nelle scuole pubbliche – e rimarcando come alla fine fu comunque necessario un intervento legislativo, il *Civil Rights Act* del 1964, che costituì in tale ambito il rilevante elemento di discontinuità nel rapporto fra Federazione e Stati membri. Tuttavia, proprio la vicenda *Brown* sembra invece dimostrare come spesso in relazione a questioni in tema di diritti la c.d. ultima parola delle Corti richieda, comunque, la *cooperazione*, anche nel tempo, dei diversi poteri dello Stato, ciascuno mediante l'esercizio delle proprie attribuzioni.

Del resto, a fronte di una tale eventuale trasformazione, il sindacato forte di costituzionalità potrebbe essere paradossalmente introdotto solo da quelle stesse istituzioni democratiche che, in tesi, non funzionerebbero più in modo adeguato o magari sarebbe destinato a operare in un contesto in cui l'indipendenza dell'ordine giudiziario risulti compromessa.

In conclusione, la critica radicale alle forme "forti" di controllo di costituzionalità non sembra possa davvero funzionare, perché elimina il controllo di costituzionalità dall'orizzonte della vita ordinaria dell'ordinamento, lasciando il campo aperto *senza limiti* all'idea secondo cui è «meglio che un diritto sia meno tutelato, anziché lo sia dal potere sbagliato»[32], con la conseguente, potenziale tirannia della maggioranza e, dunque, la perdita di qualsivoglia garanzia.

Di certo, l'eventuale introduzione di modelli *unicamente* "deboli" di controllo costituzionale – che, fra le altre opzioni possibili, non consentano, cioè, l'annullamento o la disapplicazione delle leggi – non recherebbe con sé adeguate garanzie di arginare una tale eventuale deriva.

Tuttavia, quando, più di recente, Waldron riconosce che la giurisdizione costituzionale possiede una forma propria di legittimazione, diversa da quella *democratica*, egli sottolinea come, per le sue conseguenze ad alto impatto, il sindacato forte di costituzionalità richiede una prudenza particolare delle Corti, sotto almeno tre aspetti.

In primo luogo, occorre attenzione a non scambiare la superiorità, formale oltre che assiologica, della Costituzione per superiorità dei Tribunali costituzionali rispetto al Parlamento, operazione concettuale che, logicamente, finisce per negare la prima. Così accade quando i custodi dei *limiti* nei confronti del legislatore – in particolare, dei diritti *non negoziabili* – nascondono dietro l'attività ermeneutica una vera e propria riscrittura delle disposizioni costituzionali.

In secondo luogo, la Corte potrà anche avere in casi particolari l'ultima parola, ma in un sistema costituzionale equilibrato essa deve tenere in debito conto le interpretazioni costituzionali eventualmente offerte dal legislatore in modo attento, in quanto espressione di una sintesi offerta dalla rappresentanza politica cui è fisiologico che spetti la *prima parola* sui diritti. In altri termini, dal fatto che le Corti godono di una propria legittimazione – fondata principalmente sul rispetto e la garanzia della Costituzione come norma suprema – «non deriva necessariamente che il problema democratico scompaia»[33], se consideriamo quest'ultimo legato alla ragionevole aspettativa che, in presenza di un disaccordo morale sui diritti, i rappresentanti del corpo elettorale abbiano il concreto potere di esprimere una decisione sull'interpretazione e attuazione delle disposizioni relative a tali diritti, decisione che si può considerare quantomeno *politicamente* ragionevole in quanto adottata nel dialogo fra le diverse posizioni presenti nella società.

[32] Così, criticamente, G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2020, 26.

[33] J. WALDRON, *Control de Constitucionalidad*, cit.,19.

Infine, la c.d. "preoccupazione" democratica: 1) dovrebbe indurre la Corte a valutare la possibilità concreta di ricorso a tecniche di dialogo con il Parlamento e, più in generale, a *forme deboli di sindacato di costituzionalità*, per una migliore strategia di garanzia complessiva dei diritti; 2) può essere debitamente tenuta in conto prevedendo una maggioranza aggravata per annullare una legge; 3) presuppone che il riconoscimento di un nuovo diritto o di sue specifiche implicazioni dovrebbe essere adeguatamente argomentato dai giudici costituzionali, così da indicare in modo rigoroso il percorso che ha portato alla sua individuazione[34].

Concludendo, nel suo nucleo duro, la posizione di Waldron finisce in sostanza per assecondare una pura *parliamentary supremacy*, nonostante il punto di partenza sia invece una questione relativa ai diritti e ancorché egli apra a forme deboli di controllo di costituzionalità. Tuttavia, è possibile trarre dalle sue riflessioni alcuni spunti utili anche per il sistema italiano di giustizia costituzionale.

Innanzitutto, con un maggiore sforzo di realismo, potrebbe recuperarsi il riferimento ai presupposti del *core case* prima ricordati all'interno di una giurisdizione costituzionale di annullamento, considerandoli quali fattori *di contesto* le cui trasformazioni nel tempo intrattengono un peculiare rapporto con il giudizio di costituzionalità.

Essi dovrebbero essere tendenzialmente oggetto di valutazione da parte della Corte al fine di valutare, nel dialogo con il legislatore e con i giudici "comuni", i margini concreti di modulazione dell'intensità del proprio intervento sulle leggi. In tal senso, il contesto istituzionale *condiziona* dinamicamente la stessa situazione in cui viene, suo malgrado, a trovarsi il Giudice delle leggi. Si pensi al modo in cui è cambiato nel tempo il rapporto fra la Corte costituzionale italiana e i giudici "comuni", ai quali la prima ha richiesto una collaborazione sempre più intensa man mano che questi ultimi mostravano nel loro complesso una maggiore sensibilità ai princìpi del nuovo quadro costituzionale. Oppure, ancora, si consideri il contesto che ha portato alla discussa sentenza n. 1 del 2014, che per la prima volta ha parzialmente annullato la legge di elezione delle Camere.

In secondo luogo, l'auspicio di "innesti" di forme deboli di controllo in un sindacato forte di costituzionalità presuppone, come si vedrà meglio più avanti, la necessità di affiancare al rispetto dei confini fra poteri (difficoltà contro-maggioritaria) – compito che richiede talvolta un atteggiamento di *self restraint* – la necessità di valutare le vie percorribili per l'ottimale e complessiva tutela dei diritti, la cui cifra peculiare ci sembra la *cooperazione* del Tribunale costituzionale con il legislatore, per quanto tale conclusione non sia affatto scontata e meriti ulteriori argomentazioni. Spesso, infatti, la questione decisiva non è tanto se il legislatore o il sindacato di costituzionalità assicurino una pari tutela del singolo diritto fondamentale, quanto l'importanza che sia *prioritariamente* il Parlamento a fissare in modo democratico un punto di bilanciamento fra più diritti in gioco, che potrà poi essere comunque sottoposto al controllo del Tribunale costituzionale.

[34] J. WALDRON, *op. ult. cit.*, 23 ss.

Infine, se la questione centrale (e controversa) rimane la scelta di affidare in generale ai giudici costituzionali l'ultima parola sui diritti, non meno importanti sono il *modo* e la *progressione* con quali essa arriva eventualmente a pronunciarla, nonché la capacità di *argomentarla.* A ciò andrebbe ovviamente aggiunto il dato evidente per cui anche il problema dell'ultima parola risulta almeno in parte sdrammatizzato *a valle*, ovvero in conseguenza del fatto che, in un certo senso, le Corti al più… *vivono di sole parole*, visto che l'esecuzione/attuazione delle loro decisioni solitamente è affidata ad altri organi[35].

4. *Il sindacato debole di costituzionalità: il significato "originario" della categoria e i dubbi sulla coerenza interna del modello*

Prima di concludere con alcune osservazioni finali sulla Corte costituzionale italiana, può essere utile spendere qualche parola in più sul concetto di sindacato "debole" di costituzionalità.

In generale, sotto il profilo *strutturale* si deve distinguere fra un sistema di controllo "debole" di costituzionalità – nel quale le Corti non hanno un potere di annullamento o di disapplicazione di una legge già entrata in vigore o, quantomeno, non lo possiedono in un certo ambito o, ad esempio, in relazione alla garanzia dei diritti – e un eventuale meccanismo di flessibilizzazione (e/o riequilibrio) di un sindacato "forte" di costituzionalità, che può essere previsto come obbligatorio per alcuni tipi di giudizio e di oggetto[36] oppure come strumento facoltativo – eventualmente anche "creato" in via pretoria – cui le Corti costituzionali *possono* ricorrere quale via di mezzo fra la soluzione più severa dell'annullamento secco (che, ad esempio, potrebbe creare un vuoto ancora più incostituzionale) e il mero rigetto o l'inammissibilità della questione o del ricorso[37].

Questa differenza non sembra adeguatamente tenuta in conto, ad esempio, nei lavori di S. Gardbaum, che alla categoria delle forme deboli di *judicial review* riporta quello che lui definisce *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*[38]. Si tratta di un "modello" enucleato dai tratti comuni dei meccanismi di controllo di costituzionalità previsti a seguito dell'"ondata" di Carte dei diritti introdotte in alcuni Stati nelle due decadi precedenti la fine del millennio (o subito dopo). Si pensi, in particolare, alla Carta canadese dei diritti e delle libertà (1982), al *New Zealand Bill of*

[35] Cfr. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*[VII], Torino, 2022, 19.

[36] Si pensi, per l'ordinamento italiano, al giudizio in via principale sulle leggi regionali svolto dalla Consulta in via preventiva fino alla riforma costituzionale del Titolo V della Costituzione (l. cost. n. 3/2001).

[37] Esiste anche la possibilità che un controllo di costituzionalità sia svolto, dal medesimo organo, *in via preventiva* e *in via successiva*, come mostra l'esperienza della Repubblica francese dopo lo storico e recente "innesto" della seconda tipologia di giudizio. È chiaro che il controllo preventivo, per le sue caratteristiche intrinseche, è da considerarsi un meccanismo debole di sindacato costituzionale dal punto di vista *strutturale* (ricorrendo al significato di tale termine precisato nel testo).

[38] Cfr. S. GARDBAUM, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice*, in *Ius Politicum*, 13/2014, 1 ss.; ID., *The Case for the New Commonwealth Model of Constitutionalism*, in *German Law Review*, Vol. 14 (2013), No. 12, 2229 ss.

Rights Act (1990, d'ora in poi: NZBORA) e, nel Regno Unito, allo *Human Rights Act* (1998, d'ora in poi: HRA), che ha incorporato nel diritto nazionale gran parte dei diritti garantiti dalla CEDU.

Le espressioni principali di tale modello sarebbero:

1) la c.d. *notwithstanding clause* (Sez. 33 della Carta canadese dei diritti), ovvero la clausola che il legislatore, federale o provinciale, può espressamente introdurre in un atto, dichiarando con la stessa che quest'ultimo o una sua disposizione si applicherà nonostante – ovvero, contro – una disposizione inclusa nella Carta (in particolare, nella sezione 2 o in una delle sezioni da 7 a 15). Questo consente di riproporre una legge già dichiarata incostituzionale o di blindarla rispetto a un futuro giudizio di costituzionalità[39]. La clausola cessa di avere effetti dopo un periodo massimo di cinque anni (salvo un periodo più breve stabilito) e può essere prorogata. Si ritiene che tale clausola realizzi uno strumento di dialogo con il legislatore, che consente a quest'ultimo di riproporre una legge annullata, ma, allo stesso tempo, innesca un dibattito pubblico sui diritti della Carta.

2) il dovere di interpretazione della legge in modo conforme alle disposizioni sui diritti [Regno Unito, art. 3 HRA («nella misura del possibile»); Nuova Zelanda, art. 6 NZBORA)][40];

3) il potere di dichiarare incompatibili le leggi in contrasto con le disposizioni della Carta sui diritti, senza che ad essa si accompagni l'invalidità o la produzione di effetti vincolanti per le parti o per lo stesso legislatore (Regno Unito, art. 10 HRA). Piuttosto, in questo caso – ma anche laddove sia intervenuta una decisione della Corte EDU che rileva il contrasto di una misura nazionale con la Convenzione – un Ministro può, tramite *Remedial Order* modificare (o abrogare), con procedimenti differenti a seconda che vi sia o no urgenza, la normativa al fine di superare l'incompatibilità riscontrata.

Si può dubitare che i casi appena ricordati siano riconducibili ad un preciso "modello" di sindacato debole. Rimanendo nell'orizzonte della garanzia dei diritti, mentre in Nuova Zelanda e nel Regno Unito il sindacato di costituzionalità sui diritti è solo "debole", in Canada la *notwithstanding clause* è uno strumento che nei fatti sospende temporaneamente lo *strong judicial review* su una determinata legge in relazione al rispetto della Carta dei diritti, peraltro con l'eccezione di una serie di diritti, come quelli espressamente definiti "democratici" (diritto di elettorato attivo e passivo), suggerendo per altra via quanto si era rilevato a proposito delle tesi di Waldron: il sindacato debole è talvolta possibile e utile, ma a condizione, fra l'altro, che un sindacato forte assicuri i presupposti essenziali del processo democratico.

---

[39] Sui rapporti fra l'adozione della Carta e il nazionalismo del Québec, cfr. S. CHOUDHRY, *Not a New Constitutional Court: The Canadian Charter, the Supreme Court and Quebec Nationalism*, in G. PASQUINO e F. BILLI (a cura di), *The Political Origins of Constitutional Courts*, Roma, 2009, 39 ss.

[40] In Nuova Zelanda si aggiunge anche la previsione di un controllo endoprocedimentale svolto dall'*Attorney-General* al fine di portare all'attenzione dell'Assemblea ogni disposizione di un progetto di legge che appaia in contrasto con la Carta (*sect.* 7A, NZBORA). Cfr. F. DURANTI, *La nuova circolazione dei modelli costituzionali negli ordinamenti di matrice anglosassone*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 Giugno 2010, spec. 3 s.

Si aggiunga che la Carta canadese sui diritti ha una precisa radice storico-istituzionale e la clausola in parola aveva il particolare scopo di consentire un meccanismo di flessibilizzazione a vantaggio della minoranza francofona e cattolica del *Quebec*, a fronte di una Carta che segna la rivincita della prospettiva dei diritti su quella per molto tempo preponderante dei rapporti interistituzionali. Questa peculiare condizione per cui i diritti delle minoranze si proteggono attraverso non la *forza* (la rigidità ed il controllo forte di costituzionalità) ma la *debolezza* (o deferenza nei confronti del legislatore) spiega innanzitutto perché fin qui la clausola sia stata utilizzata dalle sole Assemblee legislative provinciali. Inoltre, rende chiaro il motivo per cui essa non sia apponibile per superare il contrasto con i diritti linguistici, scelta che evidentemente si appalesa come una chiara *difesa* contro eventuali scelte in senso contrario del Parlamento centrale. Infine, ai sensi della Sezione 27, la Carta deve essere interpretata in maniera conforme da preservare e valorizzare il patrimonio multiculturale dei canadesi.

È dunque significativo che uno strumento flessibile e dialogico sia previsto da una Carta dei diritti parte di una Costituzione che contempla un generale sindacato diffuso "forte". Allo stesso tempo, però, si potrebbe dire che ciò costituisce il contraltare della chiusura che una decisione di annullamento determina in materia di diritti, mentre il sindacato "forte" in tema di riparto di competenze – laddove previsto – non genera, fino in fondo, un'analoga "blindatura" nei confronti del processo democratico, determinando al più un concreto "spostamento" di potere *da un legislatore ad una altro*. Ma anche tale distinzione non pare valida in assoluto, potendo in generale accadere che proprio la garanzia dei diritti spinga a decidere in un certo modo un conflitto.

Siamo dunque di fronte a esperienze assai diverse di sindacato in tema di diritti, fondati su uno (Nuova Zelanda) o più istituti (Regno Unito) "deboli", oppure principalmente su un meccanismo di flessibilizzazione del sindacato forte (Canada), che complessivamente condividono, sia pure in modo affatto peculiare e differenziato, il concetto (innanzitutto, prescrittivo) di *costituzionalismo collaborativo*, all'interno del quale le Corti e gli organi di indirizzo politico contribuiscono, ciascuno con competenze diverse, alla garanzia dei diritti[41].

Il grado di tale collaborazione può ovviamente variare a seconda dei contesti, al punto che si è parlato di una implicita «instabilità» del sindacato debole di costituzionalità, ovvero di una potenziale oscillazione del pendolo tra "forza" del controllo sulle leggi e completa "deferenza" delle Corti nei confronti del legislatore[42].

[41] Con particolare riferimento al Regno Unito, da ultimo cfr. A. KAVANAGH, *The Collaborative Constitution*, Cambridge, 2024.

[42] Così, M. TUSHNET, *Weak Courts*, cit., 11. Nel quadro della sua tesi abbastanza radicale, tale instabilità contribuisce a lasciare inalterato il giudizio negativo nei confronti del controllo di costituzionalità, ben evidenziato, del resto, in un'altra sua nota e precedente monografia: *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, 1999, nella quale si contesta il suo rendimento effettivo, la sua concreta utilità – visto che i *checks and balances* risulterebbero sufficienti – nonché, infine, l'asserita conseguenza di impedire che il popolo ritorni pienamente ad occuparsi della Costituzione e, dunque, dell'azione politica.

Se questa possibilità rende comprensibili le preoccupazioni relative all'effettività della garanzia dei diritti all'interno di tali modelli[43], passando dal piano prescrittivo a quello descrittivo la realtà delle cose offre tuttavia interessanti esempi di funzionamento virtuoso di costituzionalismo collaborativo nel senso del possibile raggiungimento di un equilibrio.

Quanto al Canada, ancorché la clausola rimanga uno strumento potenzialmente dirompente – anche perché invocabile rispetto, ad esempio, allo stesso diritto alla vita e già fin qui apposta su leggi riguardanti, fra l'altro, la laicità e il diritto di sciopero – l'uso parco che se n'è fatto finora, da parte delle sole Assemblee legislative provinciali (specialmente quella del Québec), ne attesterebbe la natura di eccezionale *valvola di sfogo* e di riequilibrio del sistema.

Si è sostenuto inoltre che tale clausola costituirebbe uno dei quattro meccanismi mediante i quali la stessa Carta agevola e regolamenta il dialogo fra Corti e Parlamento, causando un dibattito pubblico all'interno del quale i diritti da essa garantiti hanno un ruolo rilevante[44]. Peraltro, la possibilità di apporre tale clausola spingerebbe il legislatore a rimodellare quella esistente per raggiungere obiettivi simili senza violare i diritti della Carta, anche se esistono, comunque, limiti o *barriere* al dialogo. Si pensi al caso in cui risulti incostituzionale l'obiettivo stesso voluto dal legislatore o la questione sia talmente controversa – politicamente, socialmente o moralmente – da rendere ardua una risposta del Parlamento (come, ad esempio, nel caso della disciplina sull'aborto)[45].

Inoltre, se pure gli ultimi anni hanno mostrato la tendenza ad un uso strumentale della clausola – spesso meramente annunciata/minacciata populisticamente o applicata per blindare limitazioni talora molto discutibili dei diritti riconosciuti dalla *Carta* rispetto a determinate categorie di persone (ad esempio, in relazione ai minori

[43] Per T. GROPPI, *La legittimazione della giustizia costituzionale. Una prospettiva comparata*, in *Percorsi costituzionali*, 2-3/2010, 133, «soltanto la presenza di un'opinione pubblica costituzionale attenta e vigile e di un legislatore dotato di elevata sensibilità costituzionale può evitare che si determini lo svuotamento di una delle conquiste centrali del costituzionalismo, ovvero la garanzia delle minoranze nei confronti delle maggioranze politiche».

[44] Cfr. P. HOGG-A.A. BUSHELL, *The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*, in *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 35 (1997), No. 1, spec. 82 ss., secondo cui gli strumenti della Carta che facilitano tale "dialogo" sarebbero: 1) la ricordata Sezione 33 (la *notwithstanding clause*); 2) la Sezione 1, secondo cui "The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society"; 3) la previsione di c.d. diritti *qualificati*, ovvero la cui garanzia è sottoposta a particolari condizioni (ad esempio, la Sezione 9 garantisce il diritto a non essere "detenuto o imprigionato", purché in modo arbitrario); 4) la clausola antidiscriminatoria di cui alla Sezione 15, 1, che, se utilizzata come parametro per una dichiarazione di incostituzionalità, lascia comunque diverse possibilità al legislatore (ad esempio, allargare la platea dei titolari di una prestazione ad una categoria prima esclusa o eliminare completamente il beneficio). Sulla questione del dialogo fra Corte costituzionale e Assemblee democratico-rappresentative, v. S. GEROTTO, *Giustizia costituzionale e democrazia: premesse metodologiche per un'analisi dei rapporti tra giudice costituzionale e poteri democraticamente legittimati* e M. NICOLINI, *"Dialogo", "tensione" e* supra-majoritarian difficulty: *per una lettura dei rapporti tra giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, in D. BUTTURINI e M. NICOLINI (a cura di), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, Vol. I, *I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*, Bologna, 2017, rispettivamente 11 ss. e 49 ss.

[45] Cfr. P. HOGG, A.A. BUSHELL, *Ivi*, 92 ss.

transgender)[46] – allo stesso tempo, vi sono state clausole apposte su leggi e poi abrogate, a seguito, fra l'altro, di accese proteste (v., ad esempio, in materia di sciopero, il *Keeping Students in Class Repeal Act*, entrato in vigore in Ontario nel 2022 e poi abolito). In breve: esiste il rischio di un uso strumentale di tale istituto, ma non va sottostimata la possibile reazione dell'opinione pubblica, generale o settoriale.

È stato, invero, obiettato che clausola non introdurrebbe realmente una netta flessibilizzazione del controllo forte, in quanto il legislatore non contesterebbe l'interpretazione del parametro offerta dalle Corti e non condivisa, ma, partendo, proprio da quella interpretazione costituzionale introdurrebbe la clausola del *notwithstanding* ritenendo che, in base alla *propria* interpretazione della legge, non vi sia una reale violazione dei diritti[47]. Non sembra tuttavia da assolutizzare tale rilievo. Il legislatore ha mostrato di affrontare complesse questioni di bilanciamento dei diritti tramite tale clausola, che peraltro consente anche di allargare la valutazione oltre i confini della Carta[48].

Quanto al Regno Unito e alla Nuova Zelanda, il fatto che tali forme di controllo debole sui diritti risultino previste da leggi ordinarie e non da una Costituzione scritta e rigida – che manca in tali Paesi – pone una questione ulteriore e specifica. In particolare, quanto al primo – a parte la necessità che un'eventuale modifica o abrogazione intervenga in forma esplicita – è stato obiettato che, politicamente, non tutti gli *statutes* sono uguali e che, una volta introdotte tali forme di controllo, esistono ostacoli politici notevoli alla loro abolizione, potendosi anzi formarsi una *Convention* in tal senso[49].

In realtà, nel Regno Unito sembrano fronteggiarsi sull'argomento almeno due "culture": la prima, fermamente ancorata alla tradizione della sovranità parlamentare, mostra a tratti ciclici insofferenza anche rispetto a talune forme "deboli" di controllo costituzionale. La seconda, invece, si sostanzia nell'allarmata risposta sociale ai tentativi di ritorno indietro rispetto allo HRA e rivela come, effettivamente, l'introduzione di un *Bill of Rights* quantomeno agevola il consolidamento di una cultura dei diritti. Anzi, in un certo senso, proprio in quanto il rango ordinario e non costituzionale dello HRA non

[46] Cfr. M. ALTOMARE, *La* Notwithstanding Clause c*ome l'«arma» dei governi provinciali di maggioranza. Il dibattito sui difficili equilibri tra Corti e legislativi nel sistema di protezione dei diritti*, in *Nomos*, 3/2018, 1 ss.; A. FIORENTINO, *Nuovo anno, vecchie questioni: il Canada tra le riforme delle* Rules *del Senato e lo spettro della clausola* notwithstanding, in *Nomos*, 1/2024, 3 s.

[47] M. TUSHNET, *Weak Courts*, cit., 33.

[48] Cfr. D. SNOW, *When Rights Clash. The notwithstanding clause and Saskatchewan's pronoun policy*, Macdonald-Laurier Institute, 2023.

[49] J. WALDRON, *Rights*, cit., 7. Sul sistema di giustizia costituzionale nel Regno Unito, v. F. ROSA, *Lo Human Rights Act e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali*, in *Politica del diritto*, 4/2000, 679 ss.; EAD., *I Paesi senza controllo di costituzionalità delle leggi*, in M. OLIVETTI e T. GROPPI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003, 393 ss.; A. TORRE, *La giustizia costituzionale nel Regno unito: caratteri, istituzioni e prospettive*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2008, 317 ss. Per B. GUASTAFERRO, *Magna Carta, Common Law Constitutionalism e mutamenti della funzione giurisdizionale*, in *Diritti comparati*, 9 novembre 2015, le ricordate modifiche introdotte nel Regno Unito – alle quali si aggiunge l'istituzione della *Supreme Court* che assume le funzioni giudicanti prima esercitate dalla *House of Lords* – hanno consentito ai giudici di esercitare comunque una "interferenza" sul potere legislativo attraverso le decisioni di incompatibilità e si sta complessivamente riaffacciando l'idea – sottesa alla stessa *Magna Charta* – che si diano diritti preesistenti al potere.

assicura un'adeguata "blindatura" giuridica delle conquiste raggiunte, un fondamentale rimedio nei confronti di eventuali regressioni tentate da legislatori poco sensibili rimane il controllo da parte di un'attenta opinione pubblica.

Anche l'interpretazione conforme – c.d. *interpretative mandate* – potrebbe finire col rinnegare la base di partenza del c.d. sindacato debole, ovvero la necessità di rimettere totalmente la scelta al Parlamento in relazione all'interpretazione ed ai giudizi morali in materia di diritti. Difatti, il giudice offre, per quanto possibile, un'interpretazione della legge conforme al *modo* in cui esso interpreta le disposizioni sui diritti. In un certo senso, poi, l'interpretazione conforme potrebbe tendere ad una forzatura del testo legislativo *proprio perché manca un sindacato forte di costituzionalità,* in quanto il giudice che ritenga di non poter interpretare la legge in modo conforme ai diritti, non avrebbe altro rimedio che la dichiarazione di incompatibilità, la quale per le parti in causa equivale ad un rigetto e si riduce all'aspettativa che la legge venga emendata dallo stesso organo che ha prodotto l'atto.

Non a caso, di recente l'insofferenza mostrata nel Regno Unito dagli organi di indirizzo politico sembra riguardare perfino lo stesso dovere di interpretazione della legge in modo conforme allo HRA, a maggior ragione nella misura in cui questa diventa un veicolo per le interpretazioni estensive della stessa Corte EDU – a partire dalla considerazione della Convenzione europea quale "strumento vivente" – e, dunque, per decisioni creative, dall'effetto complessivo più "robusto" della stessa dichiarazione di incompatibilità[50]. Difatti, ai sensi dello stesso HRA, quando una Corte o un tribunale decide una questione sorta in relazione ad un diritto previsto dalla Convenzione deve tenere conto, fra l'altro, di qualsiasi sentenza, decisione, dichiarazione o parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo [Sez. 2, § 1, lett. (a)].

Si comprende dunque l'origine del *Safety of Rwanda (Asylum and Immigration) Act 2024*, con il quale si è proceduto a dichiarare non applicabili diverse parti dello HRA in un ambito particolare del diritto dell'immigrazione. Ad esempio, si stabilisce che la Sezione 2 dello HRA – relativa all'interpretazione dei diritti sulla base della giurisprudenza della Corte EDU – non si applica nel caso in cui una corte o un tribunale stia valutando se la Repubblica del Ruanda sia oppure no un Paese sicuro in cui una persona possa essere trasferita in base a qualsiasi disposizione o stabilita ai sensi delle leggi sull'immigrazione [Sez. 1, lett. (a)], ferma restando la possibilità di decidere – anche in appello – che tale Paese non sia sicuro specificamente *per il ricorrente*, sulla base di prove convincenti relative alla sua particolare condizione.

Venendo poi alla dichiarazione di incompatibilità, diventa ancora più palpabile la complessiva collaborazione fra Corti e organi di indirizzo politico. Tale strumento non è strutturalmente antagonista alla *sovereignty of Parliament*. Piuttosto, esso consentirebbe alle Corti di svolgere la funzione di *alert* nei confronti del Parlamento, simile a quella svolta dal "canarino nelle miniere di carbone"[51], lasciando tuttavia la parola ultima al processo democratico.

[50] Cfr. B. BARBISAN, *Il nuovo British Bill of Rights e la public ownership dei diritti nel Regno Unito*, in *Diritti comparati*, 3/2022, 791 ss.

[51] V.J. WALDRON, *Ivi*, 14.

In realtà, tale dichiarazione ingenera nei fatti una aspettativa di emendamento, per cui un governo che volesse confermare la legge sarebbe indotto ad argomentare i motivi della sua importanza o la possibilità di interpretarla in modo conforme allo HRA, anche per scoraggiare ricorsi alla Corte europea. In tal senso, si è affermato che dalla correttezza di tale aspettativa dipende se il sistema *funziona* – pur essendo, comunque, *strutturalmente* debole – come *weak* o come *strong*[52].

Al riguardo, il *report* del Ministro della Giustizia, del 13 novembre 2013 – "Responding to human rights judgments: 2022 to 2023" – fa emergere alcuni dati significativi[53].

Innanzitutto, dall'entrata in vigore dello HRA si registra un numero decisamente contenuto di dichiarazioni di incompatibilità (47), le quali presuppongono, come ricordato, la sperimentata impossibilità di procedere ad una interpretazione conforme. Peraltro, alcune di tali decisioni di incompatibilità sono state rovesciate dalla Corte d'Appello[54] o dalla Corte suprema[55], non ravvisando una incompatibilità fra la norma di

[52] M. TUSHNET, *Weak Courts*, cit., 31.

[53] Il *report* è consultabile in https://www.gov.uk/government/publications/responding-to-human-rights-judgments-2022-to-2023.

[54] A titolo di esempio, può ricordare l'annullamento, da parte della Corte di Appello, della decisione di incompatibilità adottata dell'Alta Corte di Giustizia [*Queen's Bench Division (NI); (2021) NIQB 97, 1 Novembre 2001*], avente ad oggetto l'art. 6(1) del *Rehabilitation of Offenders (Northern Ireland) Order* del 1978, il quale stabilisce che qualsiasi condanna a una pena detentiva superiore a 30 mesi non può mai essere scontata ed è soggetta alla "lifetime disclosure". Nella dichiarazione di incompatibilità l'Alta Corte aveva ritenuto che da tale articolo discendesse per il ricorrente una serie di difficoltà e conseguenze negative, ad esempio, nell'ottenere un impiego e un'assicurazione, la Corte dichiara l'articolo sopra ricordato incompatibile con l'articolo 8 della CEDU a causa della mancata predisposizione di un meccanismo mediante il quale il ricorrente possa presentare domanda affinché la condanna venga considerata scontata, indipendentemente dal trascorrere del tempo e dalle sue circostanze personali. In particolar modo, si ritiene praticabile e proporzionato introdurre un sistema di revisione amministrativa che consenta a persone come il ricorrente di presentare domanda affinché la condanna venga considerata scontata e che implicherebbe la considerazione di questioni quali le circostanze della condanna, la durata della pena, il periodo di tempo trascorso dalla condanna, la condotta dell'individuo dopo la condanna e le sue attuali circostanze personali. A seguito di ricorso presentato dal Dipartimento di Giustizia dell'Irlanda del Nord, il 3 maggio 2023, la Corte d'appello ha annullato la dichiarazione di incompatibilità, ritenendo che la disposizione impugnata «riflette l'area discrezionale di giudizio di cui gode il legislatore in una sfera in cui deve essere riconosciuto un ragionevole margine di apprezzamento e quindi resiste alla contestazione sollevata dal convenuto». Peraltro, nelle more della seconda decisione, il Ministro della Giustizia dell'Irlanda del Nord si era impegnato pubblicamente a rivedere la legislazione *de qua*, al fine di aumentare la gamma di condanne che possono essere scontate, introducendo uno strumento che può essere implementato tramite legislazione secondaria.

[55] Fra gli altri casi, si può ricordare l'annullamento, ad opera della Corte suprema, della dichiarazione di incompatibilità adottata dalla Corte di Appello nel caso *R contro Marks, Morgan, Lynch e Heaney* [*Court of Appeal* (NI); (2021) NICA 67; 22 dicembre 2021]. La dichiarazione ha ad oggetto la sezione 30 del *Counter-Terrorism and Sentencing Act* del 2021 – che ha allineato l'Irlanda del Nord a Inghilterra, Galles e Scozia, estendendo le scelte di politica criminale sottese al *Terrorist Offenders (Restriction of Early Release) Act (TORER)* del 2020 – il quale prevedeva l'applicazione (retroattiva) ai terroristi già condannati e detenuti della norma secondo cui quanti fra essi in precedenza avevano diritto al rilascio automatico già a metà della loro condanna dovevano invece a tal fine scontarne due terzi, oltre alla prescrizione per cui il rilascio deve essere approvato dalle autorità per la libertà vigilata. La Corte d'appello ritiene tale sezione – nella parte in cui poteva applicarsi retroattivamente – incompatibile con l'art. 7 della CEDU. Il 19 aprile 2023 la Corte Suprema [*Supreme Court of United Kingdom*, UKSC 14] ha annullato la dichiarazione di incompatibilità, ritenendo che la legislazione non modificava retroattivamente la pena imposta dalla Corte, incidendo piuttosto sulla modalità della sua esecuzione o applicazione.

legge e la CEDU o riconoscendo l'esistenza nel caso di specie di uno spazio di discrezionalità in capo al legislatore. Particolarmente significativo, comunque, è il dato secondo cui le dichiarazioni di incompatibilità adottate o confermate dalle Corti superiori hanno avuto tendenzialmente il seguito atteso, ovvero un emendamento volto a rimuovere l'incompatibilità riscontrata.

Nel complesso, dunque, può concludersi che, in un sistema realmente orientato alla correttezza ed alla collaborazione fra Corti e organi di indirizzo politico – che non riduce eccessivamente gli spazi del conflitto politico[56] – anche una forma *strutturalmente* debole di sindacato costituzionale può *funzionare* come adeguato strumento di tutela dei diritti.

Ovviamente, tale schema potrebbe rientrare unicamente in un concetto di controllo di costituzionalità riformulato in termini molto ampi – probabilmente troppo estesi rispetto alle premesse del neo-costituzionalismo – inteso come complesso di attività che assicura o rende altamente probabile, anche o soprattutto attraverso la collaborazione degli organi di indirizzo politico, la rimozione di atti o disposizioni incostituzionali o che quantomeno – si pensi al ruolo dell'interpretazione conforme – evita l'applicazione di norme incostituzionali (o in contrasto con un *Bill of Rights*).

Senonché, il modo in cui complessivamente possono funzionare gli strumenti di sindacato "debole" di costituzionalità dipende da molti fattori, fra i quali l'autorevolezza delle Corti, la cultura politica ed il grado di legittimazione degli stessi partiti. Non da ultimo, poi, quanto al Regno Unito, non va dimenticato il "peso" che – in caso di mancato seguito – può avere nei confronti del legislatore l'eventuale ricorso alla Corte EDU[57]. Ma anche al riguardo, è evidente come le stesse decisioni di tale Corte risultano, pur sempre, *strutturalmente deboli* – non incidendo, trattandosi di un giudice "esterno", sull'efficacia degli atti interni in contrasto con la Convenzione – ancorché ad alto impatto sotto il profilo *funzionale*.

5. *Allargamento semantico della distinzione tra forza e debolezza: il problema del* come

Si è visto come meccanismi *strutturalmente* deboli di controllo costituzionale possano *funzionare* anche in modo "forte", ancorché il significato originario della stessa distinzione fra *Weak Form* e *Strong Form* di controllo sulle leggi riguardi unicamente il profilo *strutturale* e, in particolare, il modo in cui un giudizio viene disciplinato in via normativa. Del resto, mentre quest'ultima accezione è strettamente giuridica, quella *funzionale* rischia di scivolare sul piano della sociologia giuridica.

[56] Cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 4/2006, 1643 ss.

[57] Del resto, il peso del c.d. controllo di convenzionalità è tale da "sostituire" completamente in alcuni ordinamenti quello di costituzionalità. Così, ad esempio, in base all'art. 120 della Costituzione dei Paesi Bassi del 2018, la costituzionalità di atti del Parlamento non potrà essere controllata dalla Corte mediante decisioni di annullamento e neppure mediante una dichiarazione di mera incompatibilità. Nondimeno, l'art. 94 statuisce che non possono essere applicate leggi in conflitto con le disposizioni di trattati che sono vincolanti per tutte le persone o con le risoluzioni di istituzioni internazionali.

La precisazione è ancora più necessaria in quanto la distinzione tra "forza" e "debolezza" nel giudizio di costituzionalità è stata altresì ripresa per altri fini, con classificazioni riconducibili, comunque, al piano *funzionale*.

Si pensi al *modo* ed alle *tecniche decisorie* con le quali le Corti "scelgono" di esercitare i loro poteri, lasciando maggiore margine di azione agli organi politici elettivi per la definizione di questioni costituzionali (posizione *minimalista* o *dialogica*) o, al contrario, riducendolo al minimo (posizione *massimalista*). Su tale fronte può essere interessante verificare se, eventualmente, specifiche tecniche decisorie "deboli" e/o "dialogiche" siano utilizzate – o addirittura "create" dalle Corti – come strumenti di moderazione o "minimalismo", magari in certi ambiti o a certe condizioni.

Ancora: talvolta si chiama in causa la posizione di "forza" o "debolezza" istituzionale complessiva che il Tribunale costituzionale detiene, al di là del fatto che il controllo sulle leggi previsto dalla Costituzione (o, talvolta, dalle stesse leggi) sia *debole* o *forte*. Si tratta di un concetto *descrittivo* della legittimazione delle Corti, relativo al loro grado di autorevolezza e credibilità.

Di certo, fra i diversi significati della distinzione tra forza e debolezza esistono evidenti connessioni.

È chiaro, ad esempio, che pur in presenza di un sindacato strutturalmente forte di costituzionalità, la "forza" o "debolezza" e la legittimazione complessiva di una Corte può dipendere da molti fattori: la stessa effettività della Costituzione, l'indipendenza del collegio e l'imparzialità dei suoi membri, la sua capacità di *rendere giustizia costituzionale*, la coerenza nell'applicazione e nella stessa interpretazione delle disposizioni processuali, l'assenza di plateali discostamenti rispetto alle proprie competenze anche nella scelta delle tecniche decisorie disponibili o nella creazione di nuove. Peraltro, quando nuove tipologie decisorie emerse in via pretoria risultano periodicamente "sistematizzate" attraverso l'adozione di atti di auto-normazione, in un certo senso si crea un ulteriore punto di contatto fra i due distinti profili della distinzione fra controllo forte o debole di costituzionalità: quello *funzionale*, legato alla *condotta* processuale della Corte e quello *strutturale*, imperniato sul modo in cui le norme processuali modellano il giudizio costituzionale.

In particolare, poi, si può concordare sul fatto che «Powerful courts may be able and willing to issue more robust or "coercive" judgments on certain issues than weaker, more constrained ones»[58]. Nondimeno, per certi versi, proprio una Corte "forte" potrebbe decidere di ricorrere in modo più frequente ad una pronunzia "debole", di dialogo con il legislatore, perché è più facile – anche se non scontato – che ottenga un solerte seguito legislativo. Peraltro, realisticamente tale sintonia confermerebbe e/o accrescerebbe la sua legittimazione.

Si pensi, ad esempio, al fatto che proprio il Tribunale costituzionale tedesco – che pure ha il potere di dichiarare nulle le leggi ed è annoverato fra le Corti più "forti", per motivi legati non solo alla storia della R.F.T., ma anche all'ampio novero di competenze ed al modo in cui, attraverso la decisione sui ricorsi diretti, è stata riconosciuta come

[58] S. GARDBAUM, *Weak form review*, cit., 934.

giudice dei diritti[59] – ha "creato" una nuova tecnica decisoria, la "dichiarazione di incompatibilità" (e non nullità) della legge (*Unvereinbarkeitserklärung*), solo in seguito formalizzata mediante l'introduzione di un preciso riferimento nel § 31, II, *BVerGG*.

È vero che tale tipologia di pronunzia non sembra fino in fondo un meccanismo del tutto "debole" sotto il profilo *strutturale*, considerato, fra l'altro, che in base al § 31 il legislatore non può approvare una norma con lo stesso contenuto di quella dichiarata incompatibile e che, a differenza dell'omologo strumento decisorio presente nel Regno Unito, dalla dichiarazione di incompatibilità discende qui l'impossibilità per i giudici di applicare la legge, salvo diversa indicazione della stessa Corte (c.d. ordine di validità ultrattiva) o predisposizione nella stessa pronunzia di una disciplina transitoria.

Nondimeno, si tratta di una soluzione meno "invasiva" della nullità – dunque: *relativamente* più debole – uno strumento cui più volte il Tribunale costituzionale federale ha fatto ricorso in presenza soprattutto di una pluralità di soluzioni la cui scelta è da rimettersi al legislatore, anche in materia di eguaglianza, e quando l'eventuale pronunzia di nullità potrebbe creare un vuoto ancora più incostituzionale, ottenendo un'attenzione governativa e un seguito legislativo complessivamente soddisfacenti[60].

6. *La legittimazione della Corte costituzionale italiana*

Il giudizio di costituzionalità in Italia non è affatto privo di elementi di "debolezza", che sembrano tuttavia in larga parte emersi in via pretoria, dunque: da precise scelte del Giudice delle leggi. Da tempo, infatti, la Corte ricorre a strumenti che valorizzano la prospettiva del c.d. "privilegio del legislatore", l'opportunità della "prudenza" e della "progressione" prima di addivenire ad un eventuale giudizio forte di costituzionalità. S

Sono diverse, infatti, le tecniche decisorie *strutturalmente deboli* utilizzate dalla Corte: dalle decisioni di inammissibilità contenenti auspici di revisione legislativa o veri e propri moniti, fino alle decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata ed alle sentenze di costituzionalità "provvisoria". Nel complesso, però, tali tipologie decisorie hanno esibito una evidente debolezza anche sul piano "funzionale", registrandosi normalmente una disattenzione cronica del legislatore nei loro riguardi. Altre tecniche decisorie, invece, pur essendo "strutturalmente forti", riconoscono comunque un ampio spazio alla discrezionalità del legislatore, sicché si potrebbe discorrere di tipologie "ibride": si pensi alle c.d. additive di principio o, con alcune necessarie precisazioni sulle quali torneremo più avanti, la nuova forma di "doppia pronuncia".

---

[59] Sulle differenze, cfr. A. VON BOGDANDY-D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020, 9 ss.; M. MASSA, *Minimalismo giudiziario*, cit., spec. 199 ss.; N. FIANO, *Il fattore "tempo" nella giustizia costituzionale*, Milano, 2022, *passim.*

[60] In realtà, a volte è pure accaduto che metà delle dichiarazioni di incompatibilità rimanesse priva di seguito. Cfr. G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e* Nachbesserungspiflicht *nel controllo di costituzionalità*, Torino, 2002, 67. Su tale tecnica decisoria v. da ultimo N. FIANO, *Il fattore "tempo"*, cit., spec. 90 ss.

Se, nonostante la sua riconosciuta autorevolezza, il Giudice delle leggi non ha potuto contare fin qui su una marcata disponibilità del Parlamento nel seguito "legislativo" richiesto o presupposto dalle sue decisioni, nondimeno, non sembra mai cessata la sua ricerca di un "dialogo" con il legislatore, anche di recente giustificata soprattutto con il richiamo alle esigenze di leale collaborazione. Ma si può trovare un fondamento a tale dovere?

È certamente corretto affermare che la Corte costituzionale, come organo di garanzia, abbia una legittimazione *meta-democratica – in base alla (sola) Costituzione* – che contribuisce insieme a quella *democratica* delle Assemblee legislative ad una legittimazione generale della democrazia costituzionale[61].

Le Consulta non ha, invece, una funzione di rappresentanza politica *in senso stretto,* non essendo peraltro la stessa eletta dal corpo elettorale o – tranne una parte dei giudici – da Assemblee a loro volta rappresentative. Peraltro, di diversa natura è altresì la sua capacità (o necessità) di cogliere l'evoluzione della coscienza sociale e tenerne conto nella lettura del parametro costituzionale. Allo stesso modo, non è in senso tecnico rappresentativa la funzione, per così dire, "idealtipica" della questione di legittimità costituzionale nel giudizio incidentale, all'interno del quale – nella prospettiva di un eventuale annullamento *erga omnes* – essa assume la veste della "parte per il tutto", delineando i tratti di un problema di costituzionalità che può porsi analogamente in altri casi e che può riguardare intere categorie di cittadini[62].

Nondimeno, quest'ultima prospettiva può utilmente fornire una sorta di cartina di tornasole del modo in cui la Corte, di volta in volta, si mantiene in equilibrio fra le specificità del caso e la prospettiva generale legata agli effetti delle sue decisioni di accoglimento. Difatti, tendenzialmente, nel giudizio incidentale la moderazione della Consulta passa proprio attraverso l'opportuna scelta di modulare la sua risposta in modo da non impegnarsi più di quanto la questione e le connesse esigenze di giustizia costituzionale non richiedano, a maggior ragione, evitando, salvo casi eccezionali, l'adozione di sentenze di "pedagogia costituzionale". Si pensi, ad esempio, al ruolo che, in tal senso, può svolgere la sottoposizione al suo giudizio di questioni subordinate in

[61] Cfr. in tal senso – in un poderoso contributo di risposta alle tesi di Waldron – R.H. FALLON jr., *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*, in *Harvard Law Review*, Vol. 121 (2008), n. 7, 1716. Per A. SPADARO, *Dalla "sovranità" monistica all'"equilibrio" pluralistico di* legittimazioni *del potere nello Stato costituzionale contemporaneo*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 1 ss., «La *pluralità* di legittimazioni (…) si traduce almeno, come si accennava, in una "triplice legittimazione" del potere: accanto alla legittimazione dal basso (popolare o *democratica*), si deve riconoscere, dunque, anche un principio di legittimazione dall'alto, nella duplice forma della legittimazione *scientifica*, o secondo competenza, e *costituzionale*, ossia secondo valori superiori, in parte persino metagiuridici. (…) la presenza soltanto di una delle tre forme di legittimazione ricordate porterebbe a evidenti patologie che trasformerebbero, rispettivamente: la legittimazione solo popolare in *oclocrazia*/*demagogia*, quella solo scientifica in *tecnocrazia* e quella solo costituzionale in *aristocrazia*/*clericocrazia* dei giudici costituzionali, alla stregua di arbitrari sacerdoti della Carta» (p. 4).

[62] Per R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in ID. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1996-1998)*, Torino 1999, 107, «… in base soprattutto a come il giudizio di costituzionalità viene sussunto dalla Corte, non nella sua specificità e particolarità concreta, bensì nella sua "tipicità", come caso cioè che viene a rappresentare, non solo e non tanto gli interessi presenti nel giudizio principale, quanto quelli dell'intera collettività o di una intera categoria di cittadini».

linea gradata, formulate appositamente dal giudice *a quo* in modo da passare dalla più "impegnativa" per la Corte a quella "minimale", ancorché egualmente adeguata a fornire una risposta utile per il giudizio principale[63].

Tuttavia, talvolta il tentativo di "confezionare" l'abito (la soluzione) sugli esatti lineamenti del soggetto (il caso del giudizio *a quo*) potrebbe portare ad un *deficit* insostenibile di "generalità" della risposta che rischia di produrre conseguenze inopportune e incoerenti o, addirittura, vere e proprie discriminazioni, come si dirà meglio più avanti.

La questione si fa ancora più delicata quando sussiste l'inerzia del legislatore, la quale, evidentemente, non può trovare giustificazione nei casi in cui essa impedisca di garantire adeguatamente un diritto o un interesse costituzionale. Tale omissione trova di fronte a sé la scelta del Costituente di una Corte kelseniana (un giudice-custode della Costituzione) per la garanzia di «una Carta non kelseniana», ovvero di compromesso, strutturata prevalentemente *per principia* (o, se si vuole, con disposizioni interpretate come espressioni di princìpi)[64]. In particolare, specie di fronte a questioni aperte del diritto costituzionale, si fa consistente il paradosso in base al quale, per essere davvero *giudice* – cui non è consentito eludere la domanda di giustizia costituzionale, sia pure «nei limiti delle sue competenze»[65] – la Corte deve *prendere posizione* sulle eventuali relazioni fra la questione, i gradi di sviluppo di un principio e il senso dei "silenzi" della Costituzione, anche se in tal modo la sua decisione finisce per rispecchiare *l'eccedenza politica* della Carta stessa.

Entro certi limiti, dunque, tale eccedenza viene assorbita e fatta propria dalla *funzione di controllo* affidata alla Corte. In particolare, se quest'ultima può essere definita come *applicazione* di una norma giuridica data, va riconosciuto che nel nostro ordinamento il controllo di costituzionalità non si limita all'applicazione di regole, ma assume spesso la fisionomia della *concretizzazione* di princìpi e clausole generali in relazione ad una data questione, attività in sé non poco complessa.

Nonostante tale trasformazione e perfino nelle contestate vesti di "legislatore positivo", la Corte conserva alcuni tratti che la rendono irriducibile al ruolo di vero co-legislatore, non potendo essa fino in fondo appropriarsi di quel tipo di potere normativo che, pur chiamato all'attuazione dei princìpi costituzionali, può muoversi per proprio impulso e conservare un certo grado di *libertà nel fine*, potere tradizionalmente appartenente ai soli organi di indirizzo politico.

Con una necessaria precisazione.

È evidente che i confini del c.d. spazio vuoto di diritto costituzionale (sent. n. 172/1999) tendono a restringersi in conseguenza della natura stessa di una Carta ricca di princìpi dal contenuto indeterminato e aventi efficacia giuridica, che in molti modi può

[63] Solo per un esempio, cfr. la sent. n. 223/2013.

[64] M. MASSA, *Minimalismo giudiziario*, cit., 233.

[65] Per M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo* posto, Milano, 2023, 221, non v'è «alcuna possibilità di immaginare un "bilanciamento" tra il principio di garanzia della Costituzione e il principio di separazione dei poteri, ché questo non è un problema di princìpi, ma di competenze».

rendere costituzionalmente rilevante un ambito materiale[66]. Tuttavia, a differenza del legislatore, la Corte può produrre norme: 1) solo in base ad un impulso esterno e mai *in base ad un mero atto di volontà*, con la sola eccezione dell'auto-rimessione, che pure, comunque, presuppone la sussistenza di un giudizio costituzionale, quale giudizio *a quo*[67]; 2) con l'obbligo di motivare la sua decisione. Inoltre, in linea di principio ad essa non spetta ordinariamente «stabilire *se* decidere o meno, *su che cosa decidere*, perché il materiale delle sue decisioni proviene dall'esterno», nonché «*quando* occuparsi di un determinato tema»[68]. In un certo senso, però, le stesse norme processuali, per così dire, *relativizzano* quest'ultimo confine: si considerino, fra l'altro, i poteri di *agenda setting*, la mancanza di un elenco tassativo di motivi che legittimano l'adozione di una pronunzia di inammissibilità, la possibilità di adottare decisioni di illegittimità conseguenziale, etc. Talvolta, dunque, la discrezionalità della Corte sembra poter estendersi anche ad alcune delle scelte da ultimo ricordate senza necessariamente varcare il confine ultimo delle sue attribuzioni, a condizione che a guidarla rimangano oggettive esigenze di garanzia costituzionale, comprensive anche del compito di custodire la propria legittimazione..

Alla luce di tali premesse, anche la c.d. "legislazione positiva" del Tribunale costituzionale, pur condividendo l'effetto *erga omnes* della legge, non è mai il frutto della *volontà* di un vero *legislatore*, per cui l'eventuale *supplenza* della Corte o la sua "produzione" normativa non dovrebbe essere equiparata – con un accostamento linguistico che non aiuta a cogliere la realtà – ad una sorta di competenza legislativa *concorrente*. Se *concorrenza* c'è, essa rimane al più atipica, in quanto relativa a *funzioni che rimangono fra loro disomogenee e, dunque, non sovrapponibili, quantunque il loro esercizio possa spiegare il medesimo effetto,* specie nello spazio.

Per gli stessi motivi, il concetto di *concretizzazione* dei princìpi della Carta ad opera del Giudice costituzionale è ancora distinguibile da quello della loro *attuazione* legislativa, pur esibendo oggettive differenze rispetto alla tradizionale *applicazione* giurisdizionale – in specie, logico-sussuntiva – di *regole*.

Non sembra dunque abbia perso smalto l'affermazione di Kelsen secondo cui la rimozione del dubbio è normalmente insita nell'attività interpretativa connessa all'applicazione del diritto e, dunque, nella stessa funzione giurisdizionale. In particolare, poi, «Si può dubitare sull'opportunità di affidare ad un tribunale indipendente la determinazione del contenuto di una legge *costituzionale* dubbia e

[66] Cfr. G. SILVESTRI, *La discrezionalità tra legalità e* giurisdizione, in *Sistema penale*, 17 maggio 24, 5. Sulle diverse modalità con le quali un certo ambito materiale può essere "attratto" nel campo del "costituzionalmente rilevante", sia consentito rinviare al nostro *La decisione sulla cittadinanza. Tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Napoli 2020, spec. 76 ss., dove distinguiamo il concetto di *materia costituzionale in senso stretto* da quello, più ampio, di *rilevanza costituzionale* di un ambito materiale, che può essere *diretta* oppure *indiretta* (trasversale).

[67] Sulla prassi delle auto-rimessioni, v. ora lo studio aggiornato di A. PUGIOTTO, P. FARAGUNA, *Corte costituzionale e autorimessione: una radiografia giurisprudenziale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2024, 373 ss.

[68] Cfr. V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in *Giudizio "a quo" e promovimento del processo* costituzionale, Milano, 1990, 305, ripreso da R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Napoli, 2011, 3028.

controversa sotto questo profilo, e si può per varie ragioni, preferire che di ciò si occupino il governo e il parlamento. Ma è impossibile ritenere che la funzione di un tribunale costituzionale non sia giurisdizione quando la norma che esso è chiamato ad applicare abbia un contenuto dubbio e la sua sentenza si risolva quindi nella determinazione di questo contenuto»[69].

Del resto, è significativo che il costituzionalismo politico si agganci alla *prima* delle considerazioni appena riportate, non alla *seconda*. Anzi, come si è visto con Waldron, normalmente gli studiosi ascrivibili a tale corrente di pensiero ritengono che debba essere il Parlamento a occuparsi dell'*attuazione costituzionale* e della garanzia/individuazione dei diritti in quanto ritengono che effettivamente le Corti costituzionali siano *meno adatte* proprio in quanto organi non elettivi che svolgono una funzione *giurisdizionale*[70], cioè *determinata* dal fine della garanzia costituzionale, non legata ad una legittimazione democratica e vincolata per lo meno ad alcuni essenziali elementi procedurali e sostanziali.

Tuttavia, quale senso può avere la prima delle affermazioni di Kelsen (*si può dubitare…*)? La questione si lega al *grado* di discrezionalità affidato alle Corti, che lo stesso giurista praghese ammette possa divenire eccessivo se il controllo di costituzionalità ha come parametro disposizioni costituzionali – a partire da quelle sui diritti fondamentali – formulate in termini troppo generici e contenenti «parole d'ordine vaghe» (come «libertà», «giustizia», etc.). In questo caso, egli afferma, «c'è il pericolo di uno *spostamento di potere*»[71], che non si riferisce in generale al potere legislativo – del resto, per Kelsen la Corte stessa ne è titolare in senso negativo – ma al compito del Parlamento di primaria *attuazione* dei princìpi costituzionali a contenuto altamente indeterminato.

Riconoscere, dunque, che il Costituente ha comunque scelto la strada del sindacato giurisdizionale di costituzionalità per *questo* tipo di Costituzione non consente di ignorare la cautela di Kelsen e le avvertenze di Waldron, soprattutto di fronte alla chiara esistenza di questioni *aperte* di diritto costituzionale, proprio perché – per i motivi già ricordati – una Corte costituzionale non è nelle condizioni *strutturali* e *funzionali* di "volere" allo stesso modo di un organo di indirizzo politico.

In particolare, in presenza di questioni assai complesse, con soluzioni plurime e articolate che richiederebbero un intervento organico del legislatore, la prospettiva generale del controllo sulle leggi può risultare inopportunamente schiacciata sulle esigenze limitate e specifiche del giudizio principale, così rispondendo, certo, alle necessità di quest'ultimo, ma a costo di confinare una risposta *erga omnes* ad un *particolare* letto di Procuste. Ecco perché talvolta il ricorso a forme di dialogo con il legislatore sembra necessario per provare a recuperare, attraverso il suo intervento, un adeguato *standard* di "generalità" nella risposta ai problemi di giustizia costituzionale, ma anche per consentire il confronto fra la più ampia gamma di opinioni in tema

[69] H. KELSEN, *Chi dev'essere il custode della Costituzione?*, in *La giustizia costituzionale*, a cura di C. Geraci, Milano, 1981, 246.

[70] Non sembra, peraltro, che le differenze fra i diversi modelli di giustizia costituzionale ostino in modo decisivo alla considerazione svolta nel testo.

[71] H. KELSEN, *Ivi*, 254.

soprattutto di diritti e di questioni sulle quali v'è un disaccordo morale in Parlamento e nella società.

Tale condotta non è ovviamente richiesta *dalle* (o direttamente fondata sulle) *norme processuali*, ma risponde ad esigenze sistemiche connesse al ruolo stesso di garanzia della Corte, esigenze che talvolta spingono ad individuare nel dialogo con il Parlamento la forma particolare di leale collaborazione che costituisce la migliore strategia di ottimizzazione del compito di garanzia costituzionale.

Tale dovere di responsabilità può fondarsi su una sorta di razionalità sia rispetto al principio democratico che a quello di adeguata tutela dei diritti fondamentali. In particolare, poi, una tale scelta si giustifica innanzitutto in relazione al *quia*, l'imperativo della migliore garanzia che spinge la Corte a muoversi in tal senso in base al proprio ruolo, ma anche, in linea di massima, rispetto all'*ut* – come azione razionalmente capace di conseguire lo scopo – sempre che non appaia del tutto improbabile la *collaborazione* del legislatore. È la differenza che passa fra chi, unicamente *spinto* dall'affetto, si getta in un fiume con minime possibilità di riuscire a salvare una persona cara ma non potendo fare altrimenti e chi compie lo stesso gesto confidando nel successo della sua impresa.

La prima forma di legittimazione/razionalità permane anche in caso di fallimento. Dunque, per la Corte: anche in assenza di un adeguato seguito legislativo. Ma anche la razionalità rispetto all'*ut* non è affatto irrilevante, come proveremo a spiegare più avanti.

7. *L'ordinanza di rinvio a data fissa (la c.d. doppia pronuncia)*

A partire dal c.d. "caso Cappato" – riguardante un caso di suicidio assistito – la Corte costituzionale ha inaugurato una nuova e articolata tecnica decisoria, che si snoda, nell'ambito del medesimo giudizio, in *due diverse pronunzie*.

La *prima*, da più parti definita come ordinanza "di incostituzionalità prospettata"[72], si articola su tre pilastri: 1) il solo accertamento (senza dichiarazione) dell'incostituzionalità, anche solo parziale, della norma – o di una delle norme – oggetto di giudizio, insieme al riconoscimento della necessità di riservare la scelta al legislatore, sussistendo una pluralità di soluzioni possibili di fronte alle quali l'annullamento rischierebbe di determinare un *vulnus* altrettanto o maggiormente insostenibile rispetto ai princìpi costituzionali; 2) la presenza di una motivazione assai più ampia di quella "succinta" richiesta per le ordinanze, con l'individuazione di direttive/principi, più o meno numerosi e dettagliati, rivolti al legislatore; 3) il rinvio dell'udienza pubblica ad

[72] La formula, riferita all'ordinanza del "caso Cappato", è utilizzata per la prima volta nella *Relazione* del Presidente della Consulta Giorgio Lattanzi alla riunione straordinaria del 21 marzo 2019, 13. Si ritiene qui preferibile ad un'altra – "incostituzionalità accertata ma non dichiarata" – in quanto nella dottrina con quest'ultima si fa normalmente riferimento ad altra e differente tipologia decisoria (con la quale, fra l'altro, non si rinvia *necessariamente* l'udienza in attesa dell'intervento del legislatore). Sulle altre, diverse, qualificazioni, v. C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum* di *Quaderni costituzionali*, 7 giugno 2019, 1 ss.

una data successiva – tendenzialmente: un anno (o poco meno), salvo la scelta di un nuovo rinvio – operato in spirito di leale collaborazione istituzionale affinché il Parlamento (ma nulla toglie che uno schema del genere possa riguardare anche un Consiglio regionale) possa approvare una disciplina in linea con i princìpi indicati.

Per un verso, tale decisione ha il contenuto tipico di una decisione che *accerta* l'incostituzionalità *ma non la dichiara*. Per l'altro, tuttavia, è una pronunzia interlocutoria che non chiude il giudizio, ma consente alla Corte di modulare la decisione "finale" alla luce della risposta (o dell'inerzia) del legislatore.

La *seconda* decisione – che completa tale forma di "doppia pronunzia" – è quella che "chiude" il giudizio e che ha assunto, a seconda dei casi, la veste della sentenza di accoglimento (secco o manipolativo, delle diverse questioni sollevate o solo di alcuna di esse), laddove sia mancato il seguito legislativo, oppure quella dell'ordinanza di restituzione degli atti per le verifiche dovute, nel caso in cui il legislatore sia intervenuto con una modifica complessiva della disciplina interessata che abbia inciso immediatamente sul nucleo delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione (ord. n. 227/2022).

Rinviando al successivo paragrafo l'approfondimento di due profili riguardanti il contenuto di tali decisioni, ci soffermiamo da subito su alcune caratteristiche della tecnica decisoria[73].

Fin qui la doppia pronunzia ha avuto una scarsa applicazione, riguardando tre giudizi in sei anni[74]. Il dato può spiegarsi in molti modi: la peculiarità delle questioni che vi hanno dato origine, soprattutto la prima, il possibile effetto dissuasivo spiegato dalle diverse critiche avanzate da parte della dottrina, nonché la circostanza per cui in due dei tre casi l'ordinanza di incostituzionalità prospettata è rimasta priva di seguito.

Su quest'ultimo aspetto, in realtà, si può anche, per così dire sospendere il giudizio. Difatti, considerando la delicatissima materia su cui intervenuta la prima doppia pronuncia – la punibilità del suicidio assistito in casi particolari – potrebbe anche

[73] Evitiamo in tale contributo di riportare l'enorme bibliografia prodotta sulle singole soluzioni di merito adottate dalla Corte, limitandoci a richiamare di volta in volta alcuni contributi relativi agli aspetti processuali della tecnica inaugurata dalla Corte, sulla quale, invero, si sono avuti in dottrina giudizi discordanti, ma, nel complesso, più critici che favorevoli. In particolare, proprio la complessità delle questioni implicate – e, talvolta, la presenza di disaccordi politici e morali – renderebbe oltremodo arduo immaginare che il Parlamento riesca ad intervenire entro il termine fissato. Per alcuni contributi relativi alle questioni poste già dalla prima delle doppie pronunzie, cfr. E. ROSSI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore?*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 luglio 2019; A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta online*, I/2019, 92 ss.; 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, 644 ss.; C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 7 giugno 2019; R. PINARDI, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta online*, 24 aprile 2020, 1 ss. Per una panoramica "finale", v. N. PETTINARI, *Le nuove «ordinanze ad incostituzionalità prospettata» in Italia*. *Riflessioni a margine di una tecnica decisoria "peculiare"*, Napoli, 2024, spec. 41 ss.

[74] In particolare: 1) ord. n. 207/2018 - sent. n. 242/2019 (ma v. pure, per una questione relativa all'interpretazione di una delle condizioni poste dalla doppia pronunzia, sent. n. 135/2024); 2) ord. n. 132/2020 – sent. n. 150/2021; 3) ord. n. 97/2021 – ord. n. 122/2022 (secondo rinvio) – ord. n. 227/2022 (restituzione degli atti).

affermarsi che l'unico seguito non sia stato del tutto irrilevante, sebbene esso si sia avuto per mano del Governo ad inizio della nuova legislatura, attraverso l'adozione di un decreto-legge i cui presupposti di necessità e di urgenza venivano individuati proprio nei moniti rivolti dalla Corte costituzionale ed il cui contenuto riprendeva salvo alcune modifiche quello di progetti di legge già in fase avanzata di discussione nella precedente legislatura e poi decaduti in conseguenza dello scioglimento anticipato delle Camere.

Ovviamente, la questione del seguito non si riduce alla prospettiva della disciplina relativa ai rapporti inter-istituzionali, coinvolgendo la stessa cultura e il funzionamento dei partiti politici, le strategie del consenso, nonché, non di rado, la caratura morale e civica dei rappresentanti. Il problema non sembra dunque interamente risolvibile, ad esempio, limitandosi a stabilire che le decisioni relative ad atti legislativi statali debbano essere comunicate anche al Governo – anziché unicamente alle Camere (secondo quanto già previsto dall'art. 136 Cost.) – investendolo dunque anche formalmente del problema e confidando nella sua forza propulsiva. Nondimeno, una tale modifica potrebbe sortire un qualche effetto utile nei casi in cui non vi siano insuperabili ostacoli in seno alla maggioranza parlamentare.

Si tratta di questioni eterogenee, ma tutte riguardanti la materia penale e diritti, talvolta "inviolabili" come il diritto alla salute e il diritto alla reputazione o "pietre" miliari della democrazia, come la libertà di manifestazione del pensiero e il diritto di critica e di cronaca, fino al diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU che, nel terzo gruppo di pronunzie, entra in gioco in relazione alle possibilità di risocializzazione del condannato all'ergastolo per reati di mafia e di contesto mafioso.

8. Segue: *l'intensità del monito e gli spazi di intervento del legislatore dopo la decisione di accoglimento. Dal "caso Cappato" alla sentenza n. 135 del 2024*

Se guardiamo all'intera "doppia pronunzia", *nel complesso* è difficile affermare che in essa vi sia una forma di "deferenza" nei confronti del Parlamento paragonabile a quelle presenti nel "modello" di sindacato debole di Gardbaum. Del resto, il principio di leale collaborazione viene pur sempre richiamato senza rinunciare a mettere sul piatto, nell'ambito dello stesso giudizio, l'esercizio del sindacato forte di costituzionalità.

Tuttavia, è evidente la presenza di due diverse anime, i cui segni si avvertono nella non perfetta coerenza fra l'ordinanza[75] – in cui la Corte riconosce che solo il legislatore ha gli strumenti adatti per affrontare organicamente la questione e che, dunque, l'individuazione della soluzione deve essere rimessa alla sua discrezionalità – e l'eventuale decisione finale nella quale la Consulta può eventualmente pronunziarsi sul merito della q.l.c.

La prima anima è data dalla *flessibilizzazione dei tempi endoprocedimentali*, che può costituire un meccanismo sufficientemente *debole* e *dialogico* – e consentire una

[75] Si tratterebbe, per G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, cit., 10, di una «*deference* a tempo, per ovviare alla mancanza di un apposito strumento processuale atto a raggiungere lo stesso scopo, come avviene in altri ordinamenti».

adeguata emersione in Parlamento delle diverse opinioni e, ove occorra, dei conflitti morali su temi etici – solo a due condizioni, fra loro strettamente connesse: 1) che le direttive rivolte al legislatore siano molto generali e ridotte al minimo necessario; 2) che perduri un chiaro ed ampio spazio di intervento per il legislatore anche dopo la successiva sentenza di accoglimento adottata in mancanza di seguito entro il periodo indicato.

Quanto al primo punto, è nella prima ordinanza di incostituzionalità prospettata (n. 207/2018), relativa al suicidio assistito, che la Corte, come noto, scende in profondità, stabilendo il ricorso di quattro condizioni sostanziali, il cui accertamento consente, nella sostanza, di rendere non punibile la condotta di chi aiuta un altro soggetto nella realizzazione del proprio intento suicidario: 1) la sussistenza di una malattia irreversibile; 2) la capacità di intendere e volere del malato; 3) la presenza di dolori che l'interessato giudica insopportabili; 4) la sottoposizione a terapie di sostegno vitale.

Si trattava, è vero, di una questione aperta e delicata di diritto costituzionale, rispetto alla quale la Corte ha cercato, per quanto possibile, un aggancio (abbastanza controintuitivo, per la verità) al diritto alla salute ed alla sua precedente giurisprudenza in tema di consenso informato. In particolare, quanto all'ultima condizione, essendo già riconosciuto il diritto di interrompere tali terapie – come l'idratazione, alimentazione e ventilazione artificiali – con la conseguente morte nell'immediato del soggetto, il riconoscimento, alle condizioni previste, della possibilità di richiedere la prescrizione del farmaco letale – e la non punibilità di chi lo aiuta nel suo intento suicidario – si fonda sulla necessità di evitarne la possibile agonia, dopo diversi giorni, qualora egli sia solo *parzialmente* dipendente da tali terapie e non disposto a sottoporsi alla sedazione profonda.

Invero, abbiamo già segnalato il corto circuito per cui, da un lato, la Corte fa leva sulla necessità di evitare che l'agonia conseguente all'interruzione del trattamento vitale – ove il paziente non accetti la sedazione profonda (che per alcuni poteva essere la soluzione più naturale alla tragedia) – possa durare *per giorni*, in quanto l'interessato dipendeva solo *parzialmente* (non in modo continuo) da un supporto vitale. Dall'altro lato, la condizione posta dalla Corte deve considerarsi invece soddisfatta anche (o, a maggior ragione) nell'eventuale caso di una dipendenza *continua* da trattamenti di sostegno vitale, sebbene in tal caso la loro interruzione possa invece, almeno in teoria, indurre la morte *immediata* (e non dopo diversi giorni) del paziente[76].

Comunque sia, laddove l'ordinanza di incostituzionalità prospettata rivolga diverse e stringenti direttive al legislatore, una volta adottata la decisione finale di accoglimento parziale in conseguenza del mancato seguito legislativo, potrebbe non essere chiaro fino a che punto l'eccesso di *concretezza* che sta dietro la soluzione della Corte finisca per condizionare il Parlamento che decidesse di legiferare sul punto. Così, l'interpretazione più rigorosa sostenibile immediatamente a valle della sentenza

[76] Sia consentito rinviare al nostro *La vita dignitosa nel processo del morire*, in T. CERRUTI (a cura di), *L'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa nell'esperienza europea*, Napoli, 2023, spec. 342 ss.

manipolativa che ha chiuso il giudizio – rendendo la scriminante *anche* di tipo procedurale[77] – ha portato a ritenere che tale condizione fosse riferita alle *tradizionali* terapie di sostegno vitale e limitasse il novero dei soggetti che possono avviare la procedura unicamente a quanti fossero giunti alla fine della vita *ed inseriti in un processo medicalizzato*[78].

Tuttavia, in diverse decisioni i giudici di merito hanno emblematicamente ampliato la portata semantica di quella condizione, fino a ricomprendervi anche la sottoposizione a (ulteriori) trattamenti sanitari farmacologici o addirittura *assistenziali*[79].

Un tale allargamento delle maglie caratterizza anche la recente sentenza n. 135 del 2024 (interpretativa di rigetto)[80], nella quale, pur confermando formalmente la centralità di tale condizione, la Corte ha pure ritenuto – qui con un netto *revirement* – che la stessa risulti soddisfatta non solo quando il paziente chiede l'interruzione delle "terapie" alle quali è già sottoposto, ma anche laddove *rinunci* ad esse. In altri termini, per quanto il

[77] Come noto, la sentenza n. 242 del 2019 dichiara l'illegittimità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione – agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, *sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente.* Sulle c.d. scriminanti procedurali – particolarmente approfondite dalla dottrina tedesca – v. A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Diritto penale*, Tomo I, Torino, 2022, 330 ss. In particolare, il ricorso a tale forma di scriminante implicherebbe «l'abbandono della tradizionale logica binaria del diritto penale vietato/consentito al fine di calarsi nelle peculiarità (nonché nella drammaticità) del caso concreto e degli interessi di volta in volta in rilievo. E, qualora divenga inevitabile, affidando ad un altro soggetto, il giudice, il meno impegnativo compito di verificare *ex post* l'avvento rispetto della procedura» (p. 331).

[78] Cfr. C. SALAZAR, *«Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019, 578, secondo cui, peraltro, «trattandosi di pazienti medicalizzati, la Corte ha buon gioco nell'immettere nel novero dei parametri l'art. 32 Cost.».

[79] Ad esempio, per la Corte d'Assise di Massa, sent. 27 luglio 2020, «ciò che ha rilevanza sono tutti quei trattamenti sanitari – sia di tipo farmaceutico, sia di tipo assistenziale medico o paramedico, sia, infine, con l'utilizzo di macchinari, compresi la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale – senza i quali si viene ad innescare nel malato "un processo di indebolimento" delle funzioni organiche il cui esito – non necessariamente rapido – è la morte». Nel caso di specie, colui che era stato assistito nel proprio intento suicidario dipendeva non da una macchina, ma da due forme di sostegno vitale: una farmacologica – la cui interruzione, secondo la difesa, «avrebbe comportato uno scompenso cardio-circolatorio e un aggravamento della sintomatologia invalidante ed algica», con probabile decesso per infarto o ictus cerebrale» – e una meccanica, da individuarsi nella funzione evacuativa manuale delle feci, «senza la quale si sarebbe giunti ad un quadro occlusivo meccanico con conseguente morte del paziente». Va peraltro ricordato il caso di una paziente oncologica (nome di fantasia riportato: "Gloria") sottoposta a chemioterapia, che è stata ritenuta per ciò stesso dipendente da una "terapia di sostegno vitale" (ed alla quale, peraltro, la Asl del Veneto ha fornito, come richiesto, non solo la prescrizione del farmaco, ma anche il macchinario per l'autosomministrazione. Sul contributo della giurisprudenza in materia, v. ora I. RUGGIU, *Il ruolo dei giudici nell'elaborazione del diritto ad una morte dignitosa*, in T. CERRUTI (a cura di), *L'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa*, cit., 127 ss.

[80] In tal senso, ad esempio, laddove «l'evacuazione manuale dell'intestino del paziente, l'inserimento di cateteri urinari o l'aspirazione del muco dalle vie bronchiali si rivelino in concreto necessarie ad assicurare l'espletamento di funzioni vitali del paziente, al punto che la loro omissione o interruzione determinerebbe prevedibilmente la morte del paziente in un breve lasso di tempo, esse dovranno certamente essere considerate quali trattamenti di sostegno vitale, ai fini dell'applicazione dei princìpi statuiti dalla sentenza n. 242 del 2019».

paziente possa rinunciare a cure già avviate, così interrompendo un processo di medicalizzazione in atto, il fatto di considerare rilevante ai fini del suicidio assistito la rinuncia *ab origine* ad un trattamento sanitario parrebbe rendere meno determinante l'esistenza di una precisa *fenomenologia* del processo di *medicalizzazione* ai fini della riconduzione della questione all'art. 32 Cost.

Sembra poi delinearsi una condizione di ulteriore incertezza derivante da una contraddizione nella motivazione. Dapprima, infatti, la Corte sembra svincolare il Parlamento dal rispetto di tale condizione quando afferma che quest'ultima «svolge, *in assenza di un intervento legislativo*, un ruolo cardine nella logica della soluzione adottata con l'ordinanza n. 207 del 2018, poi ripresa nella sentenza n. 242 del 2019»[81]. Si tratta, fra l'altro, di una considerazione che conferma quanto già ricordato: che una Corte costituzionale non può "volere" allo stesso modo e negli stessi termini di un organo di indirizzo politico.

Tuttavia, nel prosieguo della motivazione si precisa che il compito del Tribunale costituzionale «non sia quello di sostituirsi al legislatore nella individuazione del punto di equilibrio in astratto più appropriato tra il diritto all'autodeterminazione di ciascun individuo sulla propria esistenza e le contrapposte istanze di tutela della vita umana, sua e dei terzi; bensì, soltanto, quello di fissare il *limite minimo, costituzionalmente imposto* alla luce del quadro legislativo oggetto di scrutinio, della tutela di ciascuno di questi principi, restando poi ferma la possibilità per il legislatore di individuare soluzioni che assicurino all'uno o all'altro una tutela più intensa».

Tale rilievo può essere letto nel senso che la griglia di condizioni poste dalla Corte, più che un elemento rimovibile dal legislatore, costituisca la cornice (appunto, il limite minimo, costituzionalmente imposto) che vincola la sua discrezionalità nella ricerca di un punto di equilibrio. O, se si vuole, che le condizioni poste, comprese quella relativa alla sottoposizione a trattamenti sanitari o assistenziali, costituiscano unicamente delle *clausole generali* che poi il legislatore potrà concretizzare attraverso le sue scelte.

In tal senso, si può ipotizzare che il nucleo centrale non valicabile della condizione relativa alle terapie di sostegno vitale sia proprio l'esistenza di un processo di medicalizzazione inteso in senso molto lato, quel tipo di processo che ordinariamente accompagna la persona nella fase terminale della sua malattia. Di tale processo la relazione medico-paziente costituirebbe chiaramente la componente essenziale, mentre il riferimento a singoli trattamenti farmacologici e/o assistenziali esprimerebbe la concreta, variegata ed *esemplificativa* fenomenologia[82]. Ovviamente, sempre che si

[81] Cfr. § 7.1 del *Considerato in diritto* (nostri i c.vi).

[82] Va tuttavia ricordato che nella ordinanza n. 207 del 2018 la Corte aveva ritenuto che «una disciplina delle condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze non solo attraverso una sedazione profonda continua e correlativo rifiuto dei trattamenti di sostegno vitale, ma anche attraverso la somministrazione di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte, potrebbe essere introdotta, anziché mediante una mera modifica della disposizione penale di cui all'art. 580 cod. pen., in questa sede censurata, inserendo la disciplina stessa nel contesto della legge n. 219 del 2017 e del suo spirito, in modo da inscrivere anche questa opzione nel quadro della "relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico", opportunamente valorizzata dall'art. 1 della legge medesima» (§ 10 *Cons. dir.*). In

ritenga tale nucleo minimo sufficiente a salvaguardare la "cintura di protezione" dei più fragili – a ciò concorrendo anche le altre condizioni – ed a riportare il suicidio assistito all'interno dell'art. 32 della Carta.

Lo stato di incertezza derivante dalla sentenza appena richiamata riflette la difficoltà della Corte nel gestire simili problemi aperti di diritto costituzionale ed è espressione del modo in cui le questioni si fanno più difficili quando manca l'intervento prioritario del legislatore. Peraltro, tale quadro potrebbe rendere ancora più difficile un intervento del Parlamento volto ad assicurare un diverso tipo di equilibrio fra i princìpi implicati, purché ragionevole e idoneo a salvaguardare l'esigenza di protezione dei soggetti vulnerabili sottesa all'art. 580 c.p. Il punto di fondo riguarda, in particolare, la concreta possibilità di distinguere in ordine alle condizioni sostanziali poste dalla Corte quanto debba essere considerata una "rima obbligata" e quanto, invece, costituisca una condizione "sostituibile" o riformulabile dal legislatore. Su questo punto torneremo nelle osservazioni finali.

Ovviamente, laddove il legislatore intenda davvero affrontare il problema e riaprire i giochi nonostante le incertezze poc'anzi rammentate, il riavvio del fisiologico rapporto fra la scelta legislativa *a monte* e l'eventuale, successivo controllo di costituzionalità *a valle* potrebbe contribuire a riportare chiarezza.

9. *Le due successive "doppie pronunce"*

Il monito rivolto al Parlamento con l'ordinanza n. 132 del 2020 si caratterizza con evidenza per la sua minore "estensione" rispetto alla decisione "apripista" del "caso Cappato", sebbene nella prima la questione implicata fosse, chiaramente, priva dei medesimi risvolti etici e indubbiamente meno complessa, consentendo alla Corte di limitarsi a poche indicazioni di principio.

Nella decisione può leggersi che il punto di equilibrio fra diritto di cronaca e diritto alla reputazione non è fisso e immutabile, ma cambia in relazione alla rapida evoluzione della tecnologia e dei mezzi di comunicazione verificatasi negli ultimi decenni.

In particolar modo, la Corte ritiene oramai inadeguato il bilanciamento sotteso alle norme del codice penale e in quelle della vigente legge sulla stampa – e in particolare negli artt. 595 c.p. e 13 della legge n. 47 del 1948 – che si impernia sulla previsione, in via rispettivamente alternativa e cumulativa, di pene detentive e pecuniarie a carico del giornalista che offenda la reputazione altrui, travalicando i limiti del legittimo esercizio del diritto di cronaca o di critica di cui all'art. 21 Cost. Ciò può dirsi anche alla luce della copiosa giurisprudenza della Corte EDU, che, salvo ipotesi eccezionali, considera sproporzionata l'applicazione di pene detentive, ancorché sospese o in concreto non eseguite, nei confronti di giornalisti che abbiano pur illegittimamente offeso la

altri termini, tale inscrizione parrebbe per i giudici costituzionali opportuna ma non costituzionalmente imposta.

reputazione altrui, al fine di evitare un effetto di dissuasione che impedirebbe lo svolgimento di una funzione essenziale per la democrazia.

Tuttavia, come affermato, tale delicato bilanciamento spetta al legislatore, gravato della responsabilità di evitare indebite intimidazioni dell'attività giornalistica e, altresì, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale. Il prosieguo della motivazione, preso isolatamente, farebbe "felice" anche il più tenace assertore del costituzionalismo politico: «Il legislatore, d'altronde, è meglio in grado di disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco». Al contrario, «il compito naturale» della Corte è la verifica *ex post*, cui la stessa non vuole sottrarsi, ma in questo caso essa «sconta necessariamente la limitatezza degli orizzonti del *devolutum* e dei rimedi a sua disposizione, che segnano il confine dei suoi poteri decisori».

Si rimette, dunque, al centro il Parlamento, che per i giudici costituzionali potrà affiancare alle sanzioni pecuniarie anche efficaci misure di carattere disciplinare ed eventualmente sanzionare con la pena detentiva unicamente le condotte che assumano connotati di eccezionale gravità dal punto di vista oggettivo e soggettivo, fra le quali si iscrivono segnatamente quelle in cui la diffamazione implichi una istigazione alla violenza ovvero convogli messaggi d'odio.

Ma la scelta dell'ordinanza di incostituzionalità prospettata in luogo della decisione di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore viene qui "agganciata" all'esistenza di vari progetti di legge in materia di revisione della disciplina della diffamazione a mezzo della stampa che risultano allo stato in corso di esame avanti alle Camere. Sicché la Corte ritiene opportuno, *in uno spirito di leale collaborazione istituzionale e nel rispetto dei limiti delle proprie attribuzioni*, rinviare la decisione a successiva udienza, in modo che il legislatore possa intervenire nel rispetto dei princìpi costituzionali e convenzionali indicati.

Mancando anche qui il seguito legislativo atteso, con la sentenza n. 150 del 2021, la Corte è riuscita a tener debitamente distinte le soluzioni *sostituibili* dal legislatore e la necessità, per così dire, *non disponibile*, che l'eventuale futuro intervento legislativo bilanci in modo equilibrato i diritti in gioco.

Sotto il primo aspetto, è stato annullato l'art. 13 della legge sulla stampa e, in via conseguenziale, l'art. 30, IV c., della legge n. 223/1990 (Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato), in quanto consentono – per il reato di diffamazione, rispettivamente realizzato a mezzo stampa o mediante trasmissione televisiva – la commistione di detenzione e multa.

Quanto al secondo aspetto, i giudici hanno fatto ricorso ad una sentenza interpretativa di rigetto sulla questione relativa all'art. 595 c.p., ritenuta non fondata in quanto quest'ultimo prevede la possibilità di una condanna alla detenzione solo *in alternativa* alla multa, a condizione che – e qui sta l'interpretazione "sanante" – l'eventuale applicazione della pena detentiva sia intesa come limitata ai casi di *eccezionale gravità*.

Senonché, avvertenza ribadita dalla stessa Corte, questa è solo *una delle soluzioni* consentite al legislatore, è una sorta di rima *possibile* tratta in via interpretativa, quella più agevole da realizzare per la Consulta, sebbene essa evidentemente sconti il problema

dell'eventuale mancanza di seguito giudiziario. Il Parlamento, invece, potrà anche decidere di *non* mantenere la sanzione detentiva per i casi più gravi, ma nel complesso gli si chiede una complessiva riforma volta a rimodulare la risposta sanzionatoria in modo da bilanciare con maggiore equilibrio il diritto di cronaca e critica con il diritto alla reputazione. Nel complesso, la porta resta, più che aperta, spalancata e il legislatore può ancora «disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco».

L'ultima "doppia pronuncia" riguarda il c.d. ergastolo ostativo. Nell'ordinanza n. 97 del 2021 – richiamando anche la giurisprudenza della Corte EDU, fino alla sentenza *Viola c. Italia*[83] – la Consulta ha ritenuto incostituzionale (senza ovviamente dichiararla tale) la regola secondo cui ai condannati all'ergastolo per i reati di cui all'art. 416-bis c.p. – delitti di associazione mafiosa o di "contesto mafioso" – non può essere concessa la liberazione condizionale ove non collaborino con la giustizia[84].

L'illegittimità non riguarda la presunzione *in sé*, la quale anzi appare ragionevole, considerato che il vincolo di appartenenza ad una associazione di stampo mafioso, per le sue peculiari caratteristiche, può permanere anche dopo lunghi periodi di detenzione, finché non il soggetto non compia una scelta di netto e radicale distacco, come quella normalmente espressa dalla collaborazione con la giustizia. Piuttosto, il vizio attiene al carattere *assoluto* della presunzione, che impedisce a chi non collabora di provare il suo ravvedimento e l'avvenuta recisione dei legami con la criminalità organizzata.

Un tale automatismo finisce per comprimere in primo luogo l'orizzonte del finalismo rieducativo della pena, in quanto, sottolinea la Corte, «impedisce alla magistratura di sorveglianza di valutare – dopo un lungo tempo di carcerazione, che può aver determinato rilevanti trasformazioni della personalità del detenuto (sentenza n. 149 del 2018) – l'intero percorso carcerario del condannato all'ergastolo, in contrasto con la funzione rieducativa della pena, intesa come recupero anche di un tale condannato alla vita sociale, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost.». Al contrario, la generalizzazione sottesa alla presunzione deve essere superabile mediante una valutazione *in concreto* di tale percorso, svolta a seguito di un lungo periodo di espiazione della pena.

Non va dimenticato come l'ergastolo sia stato giudicato in passato dalla Consulta compatibile con l'art. 27, c. 3, Cost. – e, analogamente, la Corte EDU abbia ritenuto che esso non viola l'art. 3 della Convenzione – a condizione che esso risulti in astratto e in concreto una pena *riducibile*, sebbene, come si è affermato, in tal modo si finisca per «validare uno spostamento del piano delle argomentazioni costituzionali dalla dimensione statica della pena edittale a quella dinamica della esecuzione»[85]. Al riguardo, la Corte aveva già ritenuto che la liberazione condizionale costituisse «l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo», al punto a

[83] *Marcello Viola c. Italia* (n. 2), 13 giugno 2019, ric. n. 77633/16. Sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia di ergastolo si rinvia ad A. CARDONE, E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 2/2022, spec. 84 ss.

[84] Oggetto della questione sono, in particolare, gli artt. 4-bis e 58-ter della legge sull'ordinamento penitenziario (n. 354/1975), nonché l'art. 2 del D.L. n. 152/1991, convertito con modificazioni nella l. n. 203/1991, ma unicamente in riferimento ai soggetti condannati per delitti mafiosi o di contesto mafioso.

[85] Così, A. CARDONE, E. SANTORO, *Ergastolo ostativo*, cit., 106, ma v. pure in tal senso A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5 marzo 2013, 4.

deve ritenere incostituzionale la "pena perpetua" anche qualora la riammissione alla misura fosse totalmente preclusa, in via assoluta, a seguito di uno o più esperimenti negativi (sent. n. 161/1997).

Ciò che più rileva tuttavia qui sottolineare è, per così dire, la "frenata" della Corte nel passaggio da tale premessa motivazionale alla scelta di una tipologia decisoria ben diversa dalla (discussa) pronunzia manipolative a rime non obbligate n. 253 del 2019[86], nella quale i giudici costituzionali avevano dichiarato illegittimo l'identico automatismo assoluto previsto per l'accesso ai permessi premio, introducendo però per i condannati ad un delitto mafioso o di contesto mafioso, anche se non collaboranti, un onere probatorio qualificato, dovendosi a tal fine acquisire elementi tali da escludere sia l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, che il pericolo del loro ripristino.

La diversa opzione dei giudici costituzionali per l'ordinanza di incostituzionalità prospettata viene giustificata, innanzitutto, in diversi modi, in relazione alla 'apicalità' delle questioni in gioco. A differenza, infatti, dei permessi premio, la liberazione condizionale ha come tendenziale epilogo l'estinzione della pena. Da un lato, la Corte ha scartato la soluzione della sentenza di accoglimento secco che avrebbe reso irrilevante la scelta di collaborare, ritenendo invece che debba comunque accordarsi il giusto peso a tale scelta. Dall'altro lato, traspare la riluttanza dei giudici costituzionali a mutuare lo schema della ricordata sentenza del 2019, adottando una sentenza manipolativa in assenza di rime obbligate che avrebbe creato ulteriori incoerenze o asimmetrie, come ad esempio la sopravvivenza dell'automatismo per l'accesso alle misure intermedie, quali il lavoro all'esterno e la semilibertà. Inoltre, si sarebbe creata un'ulteriore asimmetria rispetto alla diversa condizione dei condannati all'ergastolo per uno dei reati di prima fascia di cui all'art. 4-bis ma non legati alla mafia o alla criminalità organizzata. Tutte disarmonie che avrebbero richiesto ulteriori dichiarazioni manipolative di illegittimità conseguenziale.

Ora, a fronte della complessità della posta in gioco e delle critiche imputate alla Corte per avere con la sentenza del 2019 sostanzialmente creato, in assenza di rime obbligate, il contenuto dell'onere probatorio differenziato, non sembra irragionevole la scelta dei giudici costituzionali di chiamare in causa il Parlamento.

Innanzitutto, perché diversi fattori – fra i quali la presentazione di progetti di legge – mostravano come la necessità di un intervento organico in materia fosse, «in prima battuta, oggetto di una più complessiva, ponderata e coordinata valutazione legislativa».

In secondo luogo, il monito della Corte lascia ampio spazio alle scelte del legislatore.

In particolare, quanto ai condannati all'ergastolo per i delitti di cui all'art. 416-bis c.p. – ferme restando l'incostituzionalità dell'automatismo assoluto e la necessità di accordare ancora un peso alla collaborazione con la giustizia – le diverse misure

[86] Per E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sistema penale*, 25 maggio 2021, «l'ordinanza appare caratterizzata ad un ampio, prolungato 'crescendo', al quale segue un inopinato 'pianissimo'».

ipotizzabili per fronteggiare la perdurante presunzione di pericolosità costituiscono per il Giudice delle leggi oggetto di tipiche scelte di politica criminale e non sono costituzionalmente vincolate nei contenuti. La Corte si limita, dunque, ad esemplificare alcune possibilità per distinguere la condizione di un tale condannato alla pena perpetua rispetto a quella degli altri ergastolani, a integrazione della valutazione sul suo sicuro ravvedimento ex art. 176 cod. pen.: «scelte fra le quali potrebbe, ad esempio, annoverarsi la emersione delle specifiche ragioni della mancata collaborazione, ovvero l'introduzione di prescrizioni peculiari che governino il periodo di libertà vigilata del soggetto in questione»[87].

La vicenda relativa all'ergastolo ostativo offre la possibilità di ulteriori considerazioni.

La Corte viene spesso criticata per le sue sentenze manipolative adottate in assenza di rime obbligate. L'ordinanza di incostituzionalità prospettata, invece, può assolvere, come in questo caso, alla necessità della Consulta di evitare di provvedere in tal senso, nel presupposto che solo un intervento organico del legislatore potrebbe assicurare una disciplina priva di incoerenze interne, ferma restando la praticabilità di un intervento *ex post* dei giudici costituzionali.

Senonché, rimettere la scelta al Parlamento non implica necessariamente – una volta rilevato un vizio di illegittimità – far dipendere completamente la garanzia costituzionale da una sua scelta nell'*an*. È qui che si coglie il carattere bifronte di tale doppia pronunzia. In altri termini, il fatto che il legislatore sia chiamato a decidere il *come* non comporta anche che la sua decisione – o concreta incapacità – di *non intervenire* immediatamente a fronte di una prospettazione di incostituzionalità possa chiudere la partita, impedendo una decisione finale nel merito della Corte[88].

In relazione, poi, al *quando*, ovvero il rispetto dei "tempi" del Parlamento, proprio questa terza vicenda ha attestato che la ricerca della Consulta della collaborazione del legislatore sia reale, visto che, alla luce degli sviluppi parlamentari nella discussione dei progetti in materia, con la successiva ordinanza n. 102 del 2022 i giudici costituzionali hanno nuovamente rinviato – dal primo termine del 10 maggio al nuovo termine dell'8

[87] Cfr. § 9 del *Cons. dir.*

[88] Non ci sembra dunque totalmente condivisibile quanto affermato da A. SIMONCINI, *Verso l'elaborazione di un diritto ad una morta dignitosa nell'esperienza europea. Alcuni spunti di riflessione*, in T. CERRUTI (a cura di), *L'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa*, cit., 359, secondo cui «… se la Corte riconosce questa pluralità di strade e dunque la libertà dell'organo legislativo nella scelta, deve rispettare tale libertà, compresa l'opzione di non scegliere», almeno se la si intende nel senso che l'esistenza di tale pluralità *nel quomodo* comporti per la Corte l'impossibilità di intervenire per rimediare ad un problema di costituzionalità che il legislatore decida di non affrontare. Inoltre, secondo l'A. il nostro sistema di giustizia costituzionale cambierebbe «la propria natura» laddove la Corte ricorra a tecniche decisorie che consentono di accertare in via potenziale l'incostituzionalità della norma oggetto di giudizio, «affidando la concreta eliminazione al Parlamento». In particolare, «(…) si potrebbe dire che in questo modo la giustizia costituzionale italiana passa da un modello "forte", ad un modello "debole", del tipo Canada o Regno Unito». Si coglie in tal modo un fenomeno reale, che tuttavia non sembra completamente predicabile in relazione all'ordinanza di incostituzionalità prospettata, visto che, a differenza della dichiarazione di incompatibilità presente nel Regno Unito e degli altri strumenti "strutturalmente" deboli, tale decisione non chiude il giudizio, ma lascia aperta la porta ad una eventuale decisione di accoglimento. Nel complesso, dunque, il ricorso a tale tipologia decisoria non pare aver determinato un vero e proprio cambio di natura del sistema di giustizia costituzionale.

novembre dello stesso anno – la data dell'udienza pubblica per la trattazione della causa[89].

Una ulteriore considerazione attiene al seguito del secondo rinvio. Come noto, un progetto di legge in materia, approvato alla Camera, è decaduto a causa dello scioglimento anticipato delle Camere, ma ad inizio della nuova legislatura il Governo, con il decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162 (conv. in l. n. 162/2022), ne ha ripreso i contenuti, ravvisando i presupposti di straordinaria necessità e urgenza previsti dall'art. 77 Cost. nei «moniti rivolti dalla Corte costituzionale al legislatore per l'adozione di una nuova regolamentazione dell'istituto al fine di ricondurlo a conformità con la Costituzione», nonché nella «imminenza della data dell'8 novembre 2022, fissata dalla Corte costituzionale per adottare la propria decisione in assenza di un intervento del legislatore».

Ritenendo che la nuova normativa, ancorché in fase di conversione, abbia inciso immediatamente (e sostanzialmente) sul nucleo essenziale delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione[90], con l'ordinanza n. 227 del 2022 la Corte ha restituito gli atti alla Cassazione per una rinnovata valutazione della rilevanza e della non manifesta infondatezza. Tale esito non solo induce certamente a riconsiderare attentamente il ruolo del Governo nel "seguito" legislativo alle sentenze della Corte, ma ridimensiona nel complesso il pessimismo sulle reali possibilità di "dialogo" con il legislatore.

L'ultima osservazione attiene al "costo" di tale doppia pronunzia. In effetti, il prolungamento dei tempi del giudizio costituzionale ha inciso in questo caso in modo assai pesante sulla già difficile condizione della parte principale del giudizio *a quo* e su tutti coloro i quali, pur non collaboranti con la giustizia, avrebbero voluto accedere alla liberazione condizionale dimostrando l'assenza di legami con la criminalità e di un pericolo di ripristinazione degli stessi. In tal modo, si è ritenuto che l'art. 3 della CEDU – che costituisce un diritto inderogabile, ai sensi dell'art. 15, § 2, della Convenzione – continua ad essere violato[91].

Sul punto, tuttavia, si devono svolgere alcune considerazioni ulteriori.

Innanzitutto, rischia di incorrere in una contraddizione logica chi critica la sentenza del 2019 per il suo carattere manipolativo in assenza di rime obbligate – ritenendo dubbio che la Corte si sia mantenuta all'interno delle sue competenze istituzionali – e ugualmente critica il Giudice delle leggi per non aver voluto utilizzare

[89] Sulla plausibilità di ulteriori rinvii – nella prospettiva di una effettiva collaborazione con il legislatore – v. già, a commento della prima ordinanza, M. MASSA, *La terza incostituzionalità*, cit., *passim.*

[90] In particolare, come ricorda la Corte, «quanto ai detenuti e agli internati per delitti di contesto mafioso e, in generale, di tipo associativo, i benefici possono essere loro concessi purché dimostrino l'adempimento delle obblig3azioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o "l'assoluta impossibilità di tale adempimento", nonché alleghino elementi specifici – diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria, alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo e alla mera dichiarazione di dissociazione dall'organizzazione criminale di eventuale appartenenza – che consentano di escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva e con il contesto nel quale il reato è stato commesso, nonché il pericolo di ripristino di tali collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile, nonché, ancora, la sussistenza di iniziative dell'interessato a favore delle vittime, sia nelle forme risarcitorie che in quelle della giustizia riparativa».

[91] Cfr. E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale*, cit., § 10.

nuovamente quello schema anche in relazione alla liberazione condizionale[92]. Insomma, si finisce con il rimproverare al Tribunale costituzionale il fatto di non aver voluto cadere nel medesimo "errore", in presenza, peraltro, di una «triplice apicalità dei profili che, posti alla sua attenzione in questa occasione, fanno la differenza»[93].

In secondo luogo, quella richiesta alla Corte non sarebbe stata una scelta davvero coerente rispetto al ricordato precedente, nel quale, lo si rammenta, i giudici costituzionali non hanno preso in considerazione la possibilità di estendere in via conseguenziale la dichiarazione di illegittimità parziale in modo da superare l'analogo problema relativo alla liberazione condizionale ed alle misure intermedie.

Certo, quest'ultima scelta può essere spiegata con la tendenza alla moderazione, che induce spesso il Giudice delle leggi a non impegnarsi in una risposta che trascenda eccessivamente la questione di legittimità costituzionale. A maggior ragione, però, di fronte ad una serie complessa e articolata di valutazioni – che peraltro eccedevano ampiamente e sotto diversi aspetti la q.l.c. – la medesima esigenza di autolimitazione ha sorretto questa volta la ricerca di un dialogo con il legislatore, trovando anche un ulteriore, ancorché non decisivo, punto di appoggio nella natura *sistematica* della violazione dell'art. 3 della CEDU rilevata dalla Corte EDU nella sentenza *Viola*.

10. *Conclusioni. Dal sindacato "debole" alla doppia pronunzia. Le condizioni di una (sostenibile) leggerezza*

Dalle considerazioni fin qui svolte possono trarsi alcune osservazioni conclusive, necessariamente provvisorie.

La prima. La Corte *apre davvero* in modo collaborativo alla valutazione del Parlamento quando decide di vincolare il Parlamento nella misura minore possibile e la questione le consente di farlo con un livello di generalità possibilmente pari o superiore – certo, non inferiore – allo *standard* delle additive di principio. Una direttiva di tal genere potrebbe consentire di "riavviare" lo schema tradizionale, richiamato dalla Consulta, per cui il legislatore produce norme ed il controllo interviene *ex post* sulla compatibilità di queste con la Costituzione.

La concreta possibilità di tale *reductio* dipende ovviamente dalla peculiarità della questione, dalla sua complessità, dall'ambito materiale cui la stessa attiene. Di certo, però, quanto più ciò si concretizza, tanto più viene a ridursi e pare giustificabile la

[92] In tale errore sembra incorrere E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale*, cit., sebbene effettivamente rimanga aperta la questione sull'individuazione di criteri adeguatamente affidabili per distinguere i casi in cui la Corte ritenga di poter *direttamente* adottare una decisione additiva in assenza di rime obbligate e quelli nei quali invece essa ricorra in prima battuta ad una ordinanza di incostituzionalità prospettata.

[93] Così, F. GIANFILIPPI, *Ergastolo ostativo: incostituzionalità esibita e ritardi del legislatore. Prime note all'ordinanza 97/*2021, in *Questione giustizia*, 27 maggio 2021, § 3. La questione presenterebbe una «triplice apicalità» in quanto riguardante i «condannati per reati di criminalità organizzata mafiosa, per i quali sia stata inflitta la massima pena prevista dall'ordinamento (l'ergastolo) e che domandino la liberazione condizionale, il più ampio beneficio concedibile, quello in grado di sostituire al "fine pena mai" una fine della pena».

distanza – comunque esistente – fra l'ordinanza di incostituzionalità prospettata e l'"ordinario" esercizio dei poteri di *agenda setting*.

La seconda. La doppia pronunzia è una tipologia decisoria *a virtualità multiple*, capace di incorporare elementi di (almeno parziale) *debolezza* non solo nell'ordinanza di incostituzionalità prospettata, ma anche nella decisione finale conseguente ad un mancato seguito legislativo. In particolare, è emblematico che il risultato complessivo di apertura al legislatore raggiunto con la sent. n. 150 del 2021 abbia richiesto, accanto ad una decisione di accoglimento, una interpretazione costituzionalmente conforme, ovvero un classico meccanismo di controllo *strutturalmente* "debole" di costituzionalità. Quanto più viene preservato nella decisione finale questo elemento di "debolezza", tanto più si riduce l'incoerenza rispetto all'affermazione, che accompagna l'ordinanza di incostituzionalità, secondo cui la presenza di una pluralità di soluzioni e la limitata portata degli "attrezzi" in mano alla Corte impongono di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore.

La terza. La doppia pronunzia ha i suoi "costi", fra i quali il perdurante dovere per i cittadini di osservare la norma oggetto di giudizio e la possibilità che la norma oggetto di giudizio venga applicata in altri giudizi. Peraltro, anche il possibile allungamento dei tempi del processo costituzionale – e, di riflesso, del giudizio *a quo* – per quanto non in grado di raggiungere gli estremi censurati dalla Corte EDU[94], deve comunque risultare *ragionevolmente* giustificabile secondo quanto ricordato poc'anzi. Questo significa che l'eventuale proroga del rinvio può essere tollerabile – e talvolta opportuna – quando si tratti di lasciare condurre in porto l'approvazione di progetti di legge in fase avanzata di discussione.

A maggior ragione, la Corte dovrebbe valutare attentamente il rischio che i pretesi "benefici" si trasformino in costi, ovvero che tale decisione, anziché funzionare da potente sollecito, si riveli un ottimo alibi per il legislatore, il quale, «messo spalle al muro (…) non si slancerà in avanti, ma dietro il muro si riparerà», un pericolo che sembra tanto più reale quanto più la Corte rende stretto al legislatore il passaggio necessario per l'atteso seguito[95].

Riteniamo dunque che, oltre alla natura minimale delle direttive al Parlamento, il ricorso alla doppia pronunzia richieda la presenza di problemi aperti di diritto costituzionale, su cui si registra un profondo disaccordo morale nella società o,

[94] Si tratta dei limiti allo *standard* di maggiore elasticità utilizzato nell'intendere la ragionevole durata del processo ove riferita ad un Tribunale costituzionale: cfr. M. MASSA, *La terza incostituzionalità «prospettata e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos*, 2/2021, 8, nt. 34.

[95] Cfr. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., 207 ss., che individua il rischio che il rinvio a data fissa si risolva «in una sorta di preventiva assoluzione del legislatore» (p. 215), mentre, al contrario, «sul piano sistematico una declaratoria di incostituzionalità "secca" responsabilizza il legislatore» (p. 217). L'A. individua sei possibili tipologie decisorie alternative alla doppia pronunzia, fra le quali l'accoglimento secco ad efficacia differita o ad effetto immediato «ma con indicazione della necessità dell'intervento del legislatore e la parallela indicazione, nelle more, ai giudici comuni, dei paradigmi per l'applicazione della disciplina derivante dalla pronunzia di accoglimento» (p. 219). Chiaramente, nel "caso Cappato", difficilmente la Corte avrebbe potuto adottare una decisione "secca" di accoglimento della questione relativa all'art. 580 c.p., considerando tale disposizione attualmente espressiva di una *ratio* apprezzabile, ovvero – non il fine per il quale fu originariamente prevista, ma – la tutela dei soggetti vulnerabili.

quantomeno, che risultino di particolare importanza rispetto ai diritti fondamentali ed alla dignità della persona e che potrebbero essere "affrontati" solo in parte (e non nel migliore dei modi) con una decisione di accoglimento, anche manipolativo, della Corte[96].

In un certo senso, quindi, il Giudice delle leggi non può invocare la razionalità rispetto al *quia* – i princìpi costituzionali che la *spingono* ad avviare il dialogo con il legislatore – se non in presenza di una peculiare questione e sempre che i limiti fissati nell'ordinanza di rinvio a data fissa non siano talmente dettagliati da rendere più difficile la risposta del legislatore o predeterminarne un alibi (razionalità rispetto all'*ut*).

La quarta. Laddove il legislatore non intervenga nello spazio di tempo individuato dalla Corte – anche mediante un ulteriore rinvio – diventa esiziale la chiarezza nella distinzione, in sede di decisione finale di tipo manipolativo, fra i limiti insuperabili dal legislatore – che costituiscono una soluzione costituzionalmente obbligata – e le scelte della Consulta che sono invece "sostituibili". In altri termini, è necessaria una "segnaletica" idonea a non confondere le "rime obbligate" e le c.d. "rime possibili"[97].

Come noto il richiamo alle rime obbligate è stato notoriamente accolto da buona parte della dottrina come un segno di moderazione dei giudici costituzionali o quantomeno come uno strumento concettuale il cui significato è quello «di distinguere il modo di operare della Corte rispetto a quello del legislatore» e di rimarcare in particolare l'esistenza di una riserva in capo al legislatore in ordine alle scelte discrezionali, delle quali i parlamentari si assumono la responsabilità politica di fronte ai cittadini[98]. In effetti, le "rime obbligate" hanno costituito un riferimento rilevante nel contesto di giustificazione delle sentenze additive, sebbene anch'esse caratterizzate da una evidente evanescenza sul piano della loro effettiva esistenza, individuazione e utilizzabilità nel contesto di decisione.

Al contrario, le c.d. "rime possibili" – alle quali la Corte fa ricorso ormai da alcuni anni, soprattutto in tema di dosimetria penale[99] – possono essere ricavate in molti modi,

---

[96] Per A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in *Rivista AIC*, 2/2023, 130 s., la Corte potrebbe ricorrere a tale «ardita ed aggressiva» tecnica decisoria unicamente in presenza di quattro «condizioni minime indispensabili»: 1) il principio di leale cooperazione esige che la Corte prepari *gradualmente* il Parlamento. Quindi, almeno in "tre tappe": prima, se è possibile, con un'esplicita decisione "monito" senza indicazione di tempo preciso di scadenza; poi con un'ordinanza di "rinvio a data fissa"; e solo infine intervenendo in via sostitutiva con l'accoglimento; 2) la decisione che supera le "rime obbligate" deve essere praticabile non in via ordinaria, ma solo in situazioni *eccezionali*; 3) devono essere in gioco situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente protette riconosciute come chiaramente *fondamentali* e, dunque, solo nel caso di *gravissime violazioni costituzionali*; 4) la decisione di accoglimento va presa *esclusivamente* quando, in sua assenza, si incorrerebbe in un *danno irreversibile*, che soltanto la rigida tempistica indicata dalla Corte consente di evitare.

[97] La formula si deve a S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, 183 ss.

[98] Così. R. ROMBOLI, *Relazione conclusiva*, in G. GRASSO e A. STEVANATO (a cura di), *I 70 anni della legge n. 87 del 1953*, cit., 659 s.

[99] In particolare, secondo la Corte, «ai sensi del combinato disposto degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. l'ampia discrezionalità di cui dispone il legislatore nella quantificazione delle pene incontra il *proprio limite nella manifesta sproporzione della singola scelta sanzionatoria, sia in relazione alle pene previste per altre figure di reato* (…), *sia rispetto alla intrinseca gravità delle condotte abbracciate da una singola figura di reato* (…). Il limite in parola esclude, più in particolare, che la severità della pena

non tutti legati all'uso del *tertium comparationis*. Esse rifuggono l'aura sacrale insita nella *individuazione* – in realtà, spesso, *creazione* – delle (uniche) rime obbligate per aggrapparsi, invece, ad un aggancio legislativo, così lasciando analogamente (o forse ancor più) rispettata la linea di confine concettuale fra i poteri della Corte e quelli del legislatore e svelando semmai una limitata discrezionalità in capo alla prima nella scelta non *delle* ma *fra le* rime possibili. Sotto tale aspetto, fra le diverse «forme poetiche», le *rime possibili* o *adeguate*, oltre a presentare una maggiore elasticità[100], possono rivelarsi non meno «euclidee» di quelle *obbligate*[101], per quanto il tasso di discrezionalità rivendicato dalla Corte si mostri talvolta davvero eccessivo nel "comporre e ricomporre" pezzi di disposizioni[102].

Al netto di tali criticità, le decisioni additive "a rime possibili" presentano una natura bifronte. Da un lato, il loro innegabile carattere paranormativo ci riporta al dibattuto schema della Consulta come legislatore positivo. Dall'altro lato, esse risultano in fondo più vicine all'idea della debolezza nel giudizio costituzionale, nel senso che – a differenza della chiusura determinata dalle rime obbligate – esse lasciano spazio in futuro a diverse scelte legislative. Ovviamente, ben diverso è il caso in cui esse siano *suggerite* sul piano interpretativo come soluzione ermeneutica costituzionalmente conforme, così com'è accaduto per la vicenda della diffamazione a mezzo stampa. Qui siamo di fronte ad uno strumento "strutturalmente" – e dunque, completamente – "debole".

La quinta. Le condizioni fin qui enunciate si risolvono, allo stato, in un "auto-limite" il cui rispetto è rimesso alla stessa Corte costituzionale, sebbene si avverta da

---

comminata dal legislatore possa risultare manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del reato: il che accade, in particolare, *ove il legislatore fissi una misura minima della pena troppo elevata*, vincolando così il giudice all'inflizione di pene che potrebbero risultare, nel caso concreto, chiaramente eccessive rispetto alla sua gravità» (sentenza n. 63 del 2022).In tema, v. per tutti O. SPATARO, *Sindacato di legittimità costituzionale e legalità penale. Il delicato equilibrio tra ruolo della Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore negli itinerari giurisprudenziali più recenti*, Palermo, 2022.

[100] … che peraltro caratterizza pure la definizione crisafulliana delle rime obbligate, in sostanza aperta anche alle soluzioni già presenti nell'ordinamento, pure se «a livello latente». Lo ricorda di recente M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in G. GRASSO e A. STEVANATO (a cura di), *I 70 anni della legge n. 87 del 1953*, cit., 354. Si accoglie, dunque, nel testo una definizione ampia di "rime possibili" o "adeguate", capace di ricomprendere tanto le decisioni additive da tempo diffusamente impiegate dalla Corte nelle quali l'incostituzionalità *discende* dal raffronto con un *tertium comparationis*, quanto le più recenti pronunzie in materia penale con le quali la Consulta accerta *direttamente* l'incostituzionalità come vizio di incoerenza intrinseca della legge, ricorrendo al *tertium* unicamente al fine di individuare la nuova soluzione sanzionatoria. Per tale differenza, v. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di* ri-accentramento *della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 145, che per la seconda categorie discorre di decisione «a versi sciolti». Per G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale prosegue la ricerca dell'unità in base ai princìpi*, lettera AIC dell'8/2024, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, nell'aggettivo "adeguate" la Corte ha condensato «il senso profondo di un'opera di integrazione unitaria dell'ordinamento giuridico nel senso della maggiore concretizzazione possibile dei princìpi costituzionali».

[101] Si scompongono nel testo i termini della nota definizione delle "rime obbligate" come «la più euclidea delle forme poetiche»: così R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 89.

[102] Per un esempio, v. la sentenza n. 40 del 2023 e il commento critico di R. PINARDI, *Una pronuncia a rime "possibili", ma anche "parziali". Nota alla sent. n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 5/2023, 119 ss.

tempo un'esigenza di razionalizzazione normativa delle tecniche decisorie attraverso una modernizzazione della l. n. 87/1953[103]. Ma, in un certo senso, entra in gioco in questi casi il modo in cui la Corte decide di spendere concretamente la sua autorevolezza, eventualmente mostrando come, a volte, la vera "forza" consista nell'offrire la propria "debolezza".

[103] Da ultimo, v. G. GRASSO, *La storia della legge n. 87 del 1953: le aspettative sui futuri giudizi della Corte costituzionale e lo "spirito" della legge, 70 anni dopo*, in G. GRASSO e A. STEVANATO (a cura di), *I 70 anni della legge n. 87 del 1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale*, Napoli, 2024, spec. 92 ss.