COLLANA DI SCIENZA COSTITUZIONALE, DIRITTO DELL'ECONOMIA E TEORIA DEL DIRITTO *diretta da* Aljs Vignudelli - 14

QUADERNI LO STATO

Matteo Caldironi

A DISCREZIONE DEL LEGISLATORE

LA LIBERTÀ DELLA POLITICA SECONDO IL DIRITTO VIVENTE

Mucchi Editore

CAVE
EMPTOR

COLLANA DI SCIENZA COSTITUZIONALE,
DIRITTO DELL'ECONOMIA E TEORIA DEL DIRITTO

diretta da
ALJS VIGNUDELLI

14

Mucchi Editore

Matteo Caldironi

A DISCREZIONE DEL LEGISLATORE

La libertà della politica secondo il diritto vivente

Mucchi Editore

Questa pubblicazione è stata finanziata con fondi del
Dipartimento di Giurisprudenza - Unimore
e con fondi del progetto
"FAR Sviluppo dipartimentale per la Ricerca - anno 2023"

Il contributo è stato sottoposto a doppio referaggio.

Redazione: Federico Pedrini; Luca Vespignani.

ISBN 9791281716148

© STEM Mucchi Editore - 2024

info@mucchieditore.it
www.mucchieditore.it - facebook.com/mucchieditore - x.com/mucchieditore - instagram.com/mucchi_editore

Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)
Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.
Versione pdf open access al sito *www.mucchieditore.it*

Impaginazione STEM Mucchi Editore (MO)

I edizione pubblicata in Modena nel mese di maggio 2024

Indice

Premessa 7

I. ***Considerazioni preliminari sulla giustizia costituzionale***

I.1. *Il dibattito giusfilosofico weimariano* 12
I.2. *La giustizia costituzionale nei lavori preparatori del Progetto di Costituzione italiana* 24
I.2.1. *Le proposte "Calamandrei", "Leone", "Patricolo" e "Conti"* 26
I.2.2. *Quali competenze per la Corte?* 33
I.2.3. *Quale composizione per la Corte?* 40
I.2.4. *Alcuni rilievi critici* 42
I.3. *'Legittimità' e 'merito' nel diritto positivo: l'art. 134 Cost. e l'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87* 46
I.4. *Prime riflessioni sulla 'discrezionalità del Legislatore'* 55

II. ***La discrezionalità del legislatore: oggetto e limite del sindacato di costituzionalità***

II.1. *Indicazioni preliminari* 62
II.2. *La discrezionalità del legislatore nel diritto processuale* 65
II.2.1. *Una prospettiva diacronica* 66
II.2.2. *I diversi "tipi" di pronunce* 71
II.2.3. *Le diverse motivazioni* 77
II.2.4. *Alcune considerazioni* 84
II.3. *La discrezionalità del legislatore nella materia sanzionatoria* 86
II.3.1. *Le pronunce di accoglimento* 90
II.3.1.1. *Dalle "rime obbligate" ai "versi sciolti"* 98
II.3.1.2. *Un nuovo modello di decisione (in due tempi)* 103
II.3.2. *Le pronunce di inammissibilità e infondatezza* 110
II.3.3. *Prime riflessioni critiche* 114
II.4. *La discrezionalità del legislatore nel diritto tributario (brevi cenni)* . 118

III. The italian way to the political question doctrine

III.1. *La* political question doctrine 128
III.1.1. *La* classical political question 130
III.1.2. *Il* prudential approach 132
III.1.3. *La* functional political question 133
III.1.4. *La* "Warren Court" 134
III.1.5. *Prime riflessioni critiche* 136
III.2. *La* political question doctrine *e il limite della discrezionalità del legislatore* 138
III.2.1. *Analogie e differenze* 139
III.2.2. *Prime conclusioni* 146

Conclusioni 151

Bibliografia 155

Premessa

Il presente lavoro si propone di analizzare il complesso rapporto tra la Corte costituzionale e il Parlamento, e più nello specifico la delicata questione della discrezionalità del legislatore e i limiti del sindacato costituzionale. Il tema, va da sé, è ampissimo e meriterebbe ben altro approfondimento rispetto a quello, necessariamente limitato, esperibile in questa sede. Per facilitare la comprensione del senso e della direzione di una ricerca che nasce consapevolmente e dichiaratamente delimitata, se ne forniranno ora – a mo' di ossatura – le coordinate di massima, così da consentire al lettore quanto meno di orientarsi preventivamente all'interno del progredire dei diversi stadi concettuali.

L'obiettivo di questa ricerca è di sistematizzare la giurisprudenza costituzionale rilevante sul tema, al fine di poter verificare se esistano delle particolari materie nelle quali la Corte riconosca (più ampi) margini di discrezionalità al legislatore nella sua attività normativa, per eventualmente rilevarne i motivi.

Detto altrimenti, si cercherà di verificare se vi siano ambiti nei quali la Corte ritenga di non poter intervenire in quanto chiamata a pronunciarsi su questioni o tramite modalità "improprie", che andrebbero ad intaccare ambiti riservati al diverso potere legislativo. Peraltro, il problema del rapporto tra Giudice costituzionale e legislatore non tocca certamente soltanto l'Italia, ma è comune a tutti gli Stati nei quali vi sia una Costituzione e una giustizia costituzionale. E non è un caso, allora, che proprio nel Paese che ha dato i natali alla prima Costituzione moderna, gli Stati Uniti, si sia elaborata una serie di riflessioni teoriche riconducibili alla c.d. *political question doctrine*, dalla quale sembrerebbe trasparire un limite all'intervento dei tribunali apparentemente analogo a quello della discrezionalità del legislatore.

Tuttavia, prima di concentrarsi sull'analisi della giurisprudenza (prima, e sulla *political question* poi), si dovranno fornire i presupposti teorici minimi per procedere proficuamente.

Per questo motivo, nella prima parte dell'indagine, si cercheranno di schematizzare gli elementi fondamentali oggetto di dibattito in sede Costituente sulla natura del giudizio di costituzionalità. Si procederà, dunque, con l'analisi della normativa ritenuta rilevante sul tema, sia di rango costituzionale sia di rango primario (spec. l'art. 134 Cost. e l'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87), per tratteggiare così il "reticolo normativo" che guiderà il seguito del lavoro.

Infatti, sin dai primi anni del Novecento, in Europa, si è lungamente discusso sulla questione relativa al rapporto fra Corti costituzionali e politica, con particolare riguardo al controllo di legittimità costituzionale esercitato dalle prime sugli atti legislativi. In sede di Assemblea costi-

tuente si riproposero in Italia, sostanzialmente nei medesimi termini, le stesse discussioni. Il quesito che ci si poneva era quale potesse essere la "natura" del controllo di costituzionalità delle leggi e quale forma sarebbe stata la più idonea ad assicurare l'osservanza delle norme sancite in Costituzione, al tempo stesso non stravolgendo la struttura di un ordinamento, come quello italiano, a lungo fondato sull'idea dell'atto legislativo come "libero nei fini".

Queste riflessioni portarono alla formulazione dell'art. 134 Cost., con il quale vennero definite ed insieme delimitate le competenze della Corte.

Oggi, però, il sistema di giustizia costituzionale nazionale pare essere sensibilmente diverso rispetto a quello tracciato dai costituenti. Attraverso la propria attività giurisprudenziale, infatti, il Giudice delle leggi ha progressivamente ampliato le proprie prerogative (anche a discapito del Legislatore e degli altri giudici "ordinari") in particolar modo in relazione al controllo di legittimità costituzionale. Una tale "estensione" dei poteri decisionali è stato raggiunta attraverso un arricchimento sia delle modalità argomentative per assegnare un significato alla Costituzione e alla legge, sia delle tecniche di soluzione processuale delle controversie.

Si partirà, quindi, dall'analisi dell'art. 134 Cost., nel quale viene esplicitata la natura del sindacato di costituzionalità – quando si fa espresso riferimento al termine 'legittimità', che parrebbe da ritenersi legittimità in senso *giuridico-processuale* e non *etico-politico* –, per poi occuparsi della disciplina dell'art. 28 della l. 87 del 1953, che esclude ogni valutazione di natura *politica* e ogni sindacato sull'uso del potere *discrezionale* del Parlamento, vietando, così, anche all'interprete istituzionale, (*rectius:* la Corte) di modificare le norme dell'ordinamento.

Proprio grazie al rinvio di cui all'art. 137 Cost., l'art. 28 della legge 87 del 1953 parrebbe contribuire in modo decisivo al chiarimento di alcuni aspetti della questione: viene infatti precisata ulteriormente la natura del controllo di legittimità del Tribunale costituzionale escludendo espressamente «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Sembrerebbe pertanto, con ciò, inibita un'attività di carattere manipolativo che altrimenti, modificando il contenuto della disposizione (non solo legislativa, ma anche costituzionale), inserirebbe nella valutazione un carattere (necessariamente) politico. In altri termini, si valuterà l'art. 28 della legge 87/1953 come possibile argine al controllo sull'attività legislativa effettuato dalla Corte, che si vedrebbe a propria volta costituzionalmente vincolata a *non* sovrapporre le *proprie* valutazioni *di merito politico* a quelle precedentemente effettuate dal Legislatore. Soltanto così potrebbe dirsi rispettato il principio della (tendenziale) tripartizione dei poteri che, *ex* artt. 70 e 138 Cost., assegna al Parlamento la funzione legislativa (tanto ordinaria che di revisione costituzionale) da esercitarsi discrezionalmente, seppur

sempre nel rispetto di quei limiti (negativi o positivi che vogliano considerarsi) posti dalla Carta. Laddove, infatti, le disposizioni costituzionali siano formulate in termini generici, come accade per molti enunciati c.d. "di principio", esse (disposizioni) parrebbero esprimere precetti concretizzabili dal legislatore in *molti* modi diversi e costituzionalmente equivalenti. All'interno di questo ambito di (pari) ammissibilità, pertanto, il legislatore parrebbe dotato di piena libertà di concretizzazione e la sua attività di *interpositio* parrebbe, quindi, non surrogabile dalle decisioni di un organo giudiziario (sia pure particolarissimo come nel caso del Tribunale costituzionale). Insomma, alla maggiore genericità della norma costituzionale sembrerebbe corrispondere una maggior *discrezionalità* non tanto della Corte costituzionale, come spesso si opina, bensì proprio del legislatore.

Per iniziare a delimitare sin da subito il perimetro dell'indagine, si precisa che non tutte le tipologie di giudizio verranno prese in considerazione: in particolare si escluderanno volutamente i giudizi sull'ammissibilità di referendum, i giudizi per conflitti di attribuzione (sia tra enti che tra poteri dello Stato) e i giudizi di legittimità costituzionale in via principale. Si tratterà, pertanto, solo dei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale, e questo per i seguenti motivi. Innanzitutto, per quanto riguarda i giudizi sull'ammissibilità dei referendum manca il rapporto tra Corte e legislatore istituzionale che è senz'altro il "margine esterno" all'interno del quale s'inscrive necessariamente la presente indagine. Per quanto concerne i conflitti di attribuzione, poi, si ritiene che siano del tutto marginali i casi in cui oggetto della controversia possano essere veri e propri atti normativi espressione di una discrezionalità del legislatore. Il medesimo discorso sembra valido per escludere dal nostro orizzonte anche i giudizi di legittimità costituzionale in via principale. O meglio, è forse vero che esiste un problema di discrezionalità anche quando la Corte è chiamata a decidere a chi spettino le competenze tra Stato e Regioni, in particolare quando ci siano materie di competenza concorrente, tuttavia, si tratta di una discrezionalità *qualitativamente* differente. Per questo, sembrerebbe lecito ritenere i dati che si potrebbero ricavare includendo anche questi due ulteriori "parametri", del tutto marginali. Oltretutto, con possibili ripercussioni sulla *uniformità* dei dati raccolti.

Sostanzialmente, la decisione preliminare di limitare in questi termini gli obiettivi che ci si propone sembra possa giustificarsi proprio alla luce dell'esigenza di raccogliere dei dati il più possibile *omogenei* affinché possano essere comparati e analizzati correttamente.

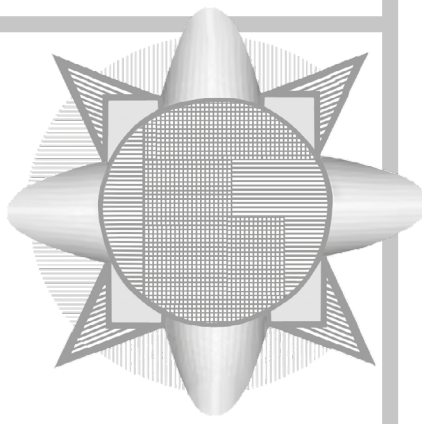
Per individuare le pronunce sulle quali concentrare l'attenzione, il criterio di ricerca utilizzato sarà quello di scrutinare la giurisprudenza onde verificare quando in essa ricorrono termini, espressioni e elementi normativi idonei a identificare (almeno la maggior parte del)le pronunce che trattino (anche solo incidentalmente) il tema della discrezionalità

del legislatore. Il primo parametro di ricerca sarà necessariamente quello normativo, nello specifico l'art. 28, l. 87/1953. Tuttavia, per raggiungere risultati soddisfacenti si amplierà il perimetro della ricerca anche a tutte quelle espressioni sinonimiche in grado di riprodurre in chiave contenutistica quanto disposto tramite la norma sopra riportata (tramite le espressioni: 'questione politica', 'valutazione di natura politica', 'potere discrezionale del Parlamento', 'merito politico', 'discrezionalità del Parlamento', 'politica legislativa', 'valutazione discrezionale', 'opportunità politica', 'discrezionalità delle Camere', 'discrezionalità legislativa', 'discrezionalità politica' e 'discrezionalità del legislatore').

Delle decisioni acquisite (al netto di quelle dimostratesi "fuori tema") si procederà ad una vera e propria sistematizzazione seguendo tre direttrici fondamentali che parrebbero particolarmente utili per poter procedere con una analisi critica. Per prima cosa, si farà una suddivisione "*per materia*" e, all'interno di questa, si porrà l'accento sulla successione cronologica delle stesse (pronunce) per individuare possibili tendenze idonee a tratteggiare un (eventuale) *judicial restraint* nel suo evolversi nel tempo. In secondo luogo, si porrà l'attenzione sul *tipo* di pronuncia; elemento che, almeno a livello preliminare, sembra possa essere un indice rilevante per mostrare una certa attitudine della Corte a rapportarsi in un certo modo e con una (tendenziale) costanza ad una determinata materia. In ultimo, si studieranno più nel dettaglio le *motivazioni* più ricorrenti. Adeguato spazio verrà poi dedicato anche all'approfondimento di alcune particolari pronunce che, più di altre, sembrerebbero presentare specificità particolarmente rilevanti nell'economia del nostro ragionamento (da qui il focus sulla nuova tipologia di decisione "in due tempi").

Nella parte conclusiva dello studio si affronterà, seppur in sintesi, la particolare dottrina delle c.d. *political question* elaborata negli Stati Uniti proprio perché, come anticipato, parrebbe presentare numerose affinità con il limite della discrezionalità del legislatore così come elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana. Per dar conto, sia pur molto sommariamente, del quadro generale si procederà attraverso una rappresentazione schematica di tale teoria (o meglio, insieme di teorie) seguendone sostanzialmente l'evoluzione diacronica: si partirà dalla *classical political question*, per poi passare al *prudential approach* e alla *functional political question*. Inquadrate le problematiche principali, si potrà poi concretamente verificare in che misura ne possano derivare stimoli utili per un approfondimento ulteriore dell'indagine e per poter procedere ad un'analisi ragionata dei risultati raggiunti.

I. Considerazioni preliminari sulla giustizia costituzionale



1. *Il dibattito giusfilosofico weimariano*

2. *La giustizia costituzionale nei lavori preparatori del Progetto di Costituzione italiana*

2.1. *Le proposte "Calamandrei", "Leone", "Patricolo" e "Conti"*

2.2. *Quali competenze per la Corte?*

2.3. *Quale composizione per la Corte?*

2.4. *Alcuni rilievi critici*

3. *'Legittimità' e 'merito' nel diritto positivo: l'art. 134 Cost. e l'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87*

4. *Prime riflessioni sulla 'discrezionalità del Legislatore'*

§ I.1. – *Il dibattito giusfilosofico weimariano*

Come anticipato nelle battute di apertura, prima di entrare nel vivo della ricerca pare opportuno affrontare alcune questioni preliminari che ci consentiranno poi di procedere nell'indagine limitando i possibili fraintendimenti, altresì consentendoci, attraverso l'analisi della giurisprudenza costituzionale, uno studio più accurato di come la Corte abbia interpretato i limiti di diritto positivo posti dal legislatore – costituzionale prima e ordinario poi – alla sua attività.

Un primo dato sembrerebbe sufficientemente pacifico anche a un esame del tutto superficiale, e cioè che oggi la Corte costituzionale si sia ritagliata competenze e strumenti ben più ampi rispetto a quanto previsto dai Costituenti che, come vedremo, immaginavano forse più un organo «che si sarebbe dovuto limitare a rilevare sporadiche e puntuali illegittimità costituzionali commesse dal legislatore, senza avere gran peso nella vita istituzionale e politica del paese»[1]. Mentre, a fronte di questo impianto molto "minimale", la pratica istituzionale ha progressivamente mostrato uno sviluppo[2] che ha posto la Corte in un ruolo assolutamente centrale non solo dal punto di vista *teorico*, ma anche dal punto di vista *pratico*[3].

Il controllo di costituzionalità, così come concepito in origine, sembrava piuttosto mosso da esigenze tecniche, un risvolto necessitato del nuovo contesto istituzionale che si stava delineando. Tanto per fare degli esempi, con l'introduzione del "regionalismo" sorgeva l'esigenza di avere un organo che si occupasse di risolvere le controversie relative ad eventuali conflitti di competenze che dovessero sorgere tra Stato e Regioni, così come si riteneva logica conseguenza di una Costituzione rigida che vi fosse un organo di garanzia che controllasse e "cassasse" gli eventuali abusi del legislatore (anche considerando il vi-

[1] G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Torino, Giappicchelli, 2017, VII.

[2] Per una più compiuta analisi (anche) storica dell'evoluzione della giustizia costituzionale ed in particolare sull'evolversi dei suoi rapporti con il legislatore, ma soprattutto, con la giurisdizione ordinaria ed europea v. A. Ruggeri, *Trasformazioni della Costituzione e trasformazioni della giustizia costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, 1-31 (spec. per la per la ricchezza di riferimenti bibliografici). Sullo sviluppo degli "strumenti" processuali invece v. almeno M. Raveraira, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, n. 11/2018, 123-152.

[3] Come rileva correttamente G. Bisogni «il bisogno di una tutela della Costituzione era avvertito e dichiarato e, tuttavia si ha la sensazione che la 'garanzia' – quella autentica, quella più rilevante e decisiva – non fosse affidata alla Corte Costituzionale, bensì ai partiti politici e, più precisamente, alla correttezza della dialettica parlamentare e alla reciproca disponibilità ad ascoltare e anche ad accettare le istanze della maggioranza e della opposizione: la 'garanzia' espletata dalla Consulta sarebbe stata secondaria perché estranea a questa dialettica; sarebbe dovuta essere 'giuridica' laddove con quest'ultimo termine si vuole alludere all'esclusione della Corte Costituzionale da qualsiasi decisione rilevante per la gestione degli interessi collettivi» (G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 136).

vido ricordo del recente passato autoritario)[4], in altri termini un organo a presidio di questa rigidità.

Tuttavia, diverse opzioni erano "in campo" sul piano teorico, diversi i modelli di giustizia costituzionale e, come è noto, i due principali (almeno in Europa)[5] trovavano il loro fondamento nel pensiero di Carl Schmitt e Hans Kelsen.

Il riferimento allo specifico dibattito "weimariano" sul *custode della Costituzione* non deve tuttavia indurre a pensare che i richiami a questi illustri Autori siano stati espliciti e magari pure numerosi all'interno della Costituente. A tal proposito, infatti, è bene precisare sin da subito che non vi fu praticamente alcun rinvio espresso ad essi[6]. Ciò non ostante, è stato sostenuto che sarebbe comunque possibile ricavare per il tramite di Schmitt e Kelsen lo strumentario di cui i costituenti potevano disporre per congegnare il sindacato di costituzionalità al quale, forse implicitamente o anche solo inconsciamente, hanno in qualche modo attinto. Uno strumentario che, inoltre, sembra possa rappresentare ancora oggi una valida "cassetta degli attrezzi" per la teoria della giustizia costituzionale.

È noto, invero, che Kelsen sostenesse «la soluzione di affidare la garanzia della Costituzione ad un tribunale costituzionale abilitato, tra l'altro, ad annullare le leggi ordinarie con essa in contrasto, in coerenza con la sua concezione gradualistica dell'ordinamento»[7]. Schmitt, vice-

[4] G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., VIII.

[5] Sulle resistenze ideologiche all'importazione di un sistema di giustizia costituzionale come quello del *judicial review* statunitense v. C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Napoli, Esi, 2014, 93-97: «Il sistema diffuso, come poteva dimostrare l'intera tradizione giuspubblicistica del nordamerica – ed in questo l'intuizione [anche dei costituenti] era esatta – non si prestava di certo ad accordarsi con i dogmi dei quali s'era sino ad allora nutrita la cultura giuridica europea. Obbligatorietà, imperatività, esecutorietà della legge, e le altre diverse svariate aggettivazioni usate, nell'Europa continentale, per designare il carattere di assoluta (e, più tardi, con l'avvento delle costituzioni rigide, relativa) dominanza degli atti del Parlamento, ed il loro porsi rispetto alle autorità e ai cittadini come atti *irréprochables*, erano rimaste affatto ignote nel sistema costituzionale nordamericano, dacché, in loro vece, col progressivo affermarsi del *Judicial Review* nelle forme di un vero e proprio sindacato diffuso, rimesso ad ogni orfano esercente funzioni giurisdizionali, s'era andata consolidando una dottrina diametralmente opposta: quella della *Supremacy of Constitution*. Ed era appunto da questa dottrina, e dalle importantissime conseguenze che essa comportava per quanto riguarda la configurazione del rapporto giudice-legge, che da parte dei costituenti si intendeva prendere le distanze, sostituendo ad essa la teoria, certamente più ambigua, ma in compenso meno innovativa rispetto alle nostre tradizioni di diritto pubblico, della legalità oggettiva, ovverosia della supremazia costituzionale in senso "astratto"».

[6] Schmitt non è mai citato esplicitamente e Kelsen «nella discussione sugli articoli relativi alla Corte una sola volta e ad altro proposito» (G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981, 81).

[7] L. Vespignani, *Corte costituzionale:* poulitique ou politicienne? *Osservazioni sulla posizione della Corte delle leggi nel sistema costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 4/2016, 123.

Sulla concezione gradualistica dell'ordinamento: «Ogni grado dell'ordinamento giuridico costituisce quindi, al tempo stesso, produzione del diritto rispetto al grado inferiore e riproduzione del diritto rispetto a quello superiore. L'idea della regolarità si attaglia ad ogni grado nella misura in cui esso è applicazione o riproduzione del diritto. La regolarità

versa, «consegnava la tutela dell'unità costituzionale del popolo tedesco ad un "custode" dichiaratamente politico identificato col Presidente del Reich»[8].

Le linee di fondo del confronto tra Schmitt e Kelsen (ossia, in estrema sintesi, tra controllo politico e controllo giurisdizionale) si ritrovano nel dibattito dell'Assemblea costituente impegnata nel tentativo di trovare una fisionomia al giudizio di costituzionalità coerente con la forma di governo italiana. Una parte dei costituenti era favorevole all'introduzione di un controllo di costituzionalità, un'altra invece era decisamente contraria ritenendo del tutto superflua, se non pericolosa una limitazione del Parlamento (massima espressione della volontà popolare) da parte di un organo non rappresentativo di cui ancora si poteva sapere ben poco.

Già da questi primissimi accenni alle due posizioni si comprende come, anche soltanto rispetto ai fini che ci si è posti, sia necessario andare più in profondità, ed è quello che si tenterà di fare nelle pagine che seguiranno (seppur, come è naturale, senza nessuna pretesa di esaustività o completezza).

In altri termini, cercheremo di esaminare gli elementi minimi del pensiero Carl Schmitt e di Hans Kelsen sulla giustizia costituzionale per provare ad inquadrare cosa si possa intendere per *controllo politico* o *controllo giurisdizionale* quando si parli di giudizio di legittimità costituzionale. Il tema, va da sé, meriterebbe ben altro approfondimento, tuttavia anche in questa sua veste per così dire minimale, risulta indispensabile per potersi poi dedicare ad uno studio approfondito della giurisprudenza costituzionale rispetto al problema della discrezionalità del legislatore.

Prendere le mosse da Schmitt[9], per presentare le argomentazioni teoriche adoperate dalla Costituente permette di cogliere la concezione

è infatti il rapporto di corrispondenza tra un grado inferiore ed un grado superiore dell'ordinamento giuridico. È possibile postulare la regolarità e le garanzie idonee ad assicurarla non soltanto nei rapporti tra gli atti di esecuzione materiale e le norme individuali – decisione amministrativa e sentenza – o anche tra questi ultimi atti di natura esecutiva e le norme generali di legge o di regolamento, ma altresì nei rapporti tra il regolamento e la legge e tra la legge e la costituzione. Le garanzie della legittimità dei regolamenti e della costituzionalità delle leggi sono quindi tanto concepibili quanto le garanzie della regolarità degli atti giuridici individuali. Garanzie della costituzione significa pertanto garanzie della regolarità delle regole immediatamente subordinate alla costituzione, cioè, essenzialmente, garanzie della costituzionalità delle leggi» (H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in Idem, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 148).

[8] L. Vespignani, *Corte costituzionale:* poulitique ou politicienne?, cit., 123. Ma v. per i dettagli anche C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981, 72.

[9] L'impostazione che qui volutamente si accoglie è quella più ampiamente sviluppata in G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., spec. 15-43. Tuttavia, tra i tanti contributi su Schmitt e la giustizia costituzionale v. almeno P. Petta, *Kelsen, Schmitt e il custode della costituzione*, in *Storia e politica*, XVI, 1977, 501 ss.; W. Mantl, *Hans Kelsen und Carl Schmitt*, in W. Krawietz, E. Topitsch, P. Koller (hrgs.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlin, Duncker&Humblot, 1982, 185 ss.; N. Zanon, *La polemique entre Hans Kelsen*

della giurisdizione di quel periodo, nonostante questo non abbia condizionato direttamente il lavoro dei costituenti[10].

Tuttavia, a dispetto di questa premessa, il suo contributo più interessante, nella nostra prospettiva, può proprio ritenersi di "natura teorica", in particolare per quanto concerne il concetto di 'giurisdizione'. Nello specifico, le osservazioni schmittiane risultano di particolare utilità nell'inquadrare il rapporto tra 'giurisdizione' e 'politica', anche perché nell'odierna teoria della giustizia costituzionale spesso queste considerazioni sono presupposte anche attraverso riformulazioni volte ad aggiornarne i tratti più obsoleti, senza però invalidarne l'impianto generale. È per questo motivo che si intende riprendere e, in un certo senso, *riattualizzare* il pensiero sul "custode della Costituzione" al fine di ricavarne dei "materiali" che, nonostante l'usura del tempo, rimangono tutt'ora necessari per orientarsi nel dibattito giusteorico contemporaneo.

Anticipando succintamente le conclusioni cui arriveremo a breve, per Schmitt il controllo di costituzionalità tramite un *giudizio*, o quantomeno un *procedimento giurisdizionale*, non è possibile essenzialmente per due ordini di ragioni. In primo luogo, perché una sentenza arriverebbe necessariamente quando il conflitto sarebbe già esploso e per questo arriverebbe tardi, e quindi con poche possibilità di neutralizzazione dello stesso[11]. In secondo luogo, e questo è il motivo ritenuto insormontabile, perché decidere sulla compatibilità delle leggi con la costituzione è una attività essenzialmente *politica*, che si traduce nella risoluzione di con-

---

et Carl Schmitt sur la justice constitutionelle, in *Annuaire International de Justice Constitutionelle*, 1989, 177 ss.; S. Ganis, *Parlamentarismo e unità politica. Nota al 'Custode della costituzione' di Carl Schmitt*, in *Il pensiero politico,* 1991, 331 ss.; C.M. Herrera, *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitution*, in *Revista de estudios políticos,* vol. 86, 1994, 195 ss.; R. Mehering, *Staatsrechtslehre, Rechtslehre, Verfassungslehre: Carl Schmitts Auseinandersetzung mit Hans Kelsen*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 80, n. 2/1994, 191 ss.; P. Pasquino, *Gardien de la Constitution ou justice constitutionelle? Carl Schmitt et Hans Kelsen*, in L. Jaume, M. Troper (a cura di), *1789 et l'invention de la Constitution,* Bruylant, Libraire Général de Droit et de Jurisprudence, 1994, 143 ss.; S.L. Paulson, *The Schmitt-Kelsen Dispute on the 'Guardian of the Constitution': The Issue oh Subsumption*, in *Diritto e cultura,* 1995, 169 ss.; C.M. Herrera (a cura di), *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt,* Paris, l'Harmattan, 1995; C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, il Mulino, 1996, 641 ss.; N. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar,* Oxford, Clarendon Press, 1997, 32 ss. e 70 ss.; O. Beaud, P. Pasquino (a cura di), *La controverse sur "le gardien de la Constituion" et la justice constitutionelle: Kelsen contre Schmitt,* Paris, Pantheon-Assas, 2007; G. Zagrebelsky, *La legge e le sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2008, 360 ss.; S. Pietropaoli, *Schmitt*, Roma, Carocci, 2012, 99 ss.; M. Croce, A. Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Abingdon, Routledge, 2013, 143 ss.; M. La Torre, *Chi ha paura del giudice costituzionale? Decisionismo e positivismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 2013, 153 ss.; M. Arvidsson, L. Brännström, P. Minkkien (eds.), *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt: Law, Politics, Theology,* Abingdon, Routledge, 2015; J. Meierhenrich, O. Simons (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

[10] Anzi, «se c'è qualcosa di schmittiano in Costituente, ciò riguarda quanto di meno gli è caratteristico e Schmitt non risulta citato non solo e non tanto perché politicamente non "citabile", ma soprattutto perché non se ne aveva teoricamente bisogno» (G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 17).

[11] C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., 55 ss.

flitti che in un qualche modo mettono in gioco la stabilità del sistema istituzionale e, pertanto, richiedono necessariamente una rappresentanza che manca nella giurisdizione (che, anzi, è organizzata proprio all'opposto, secondo i principi di piena autonomia interna ed esterna). Come preannunciato, per risolvere questi conflitti si ritiene molto più attrezzato (istituzionalmente e rappresentativamente) il Capo dello Stato, l'unica figura che secondo Schmitt è legittimata a prendere decisioni essenziali per la coesione politica e sociale[12]. In queste ipotesi, il giudizio sulle leggi finisce con l'esercitare una funzione che potrebbe definirsi "emergenziale", di difesa ultima della Costituzione. Ma ancora non si è spiegato cosa significhi esattamente per Schmitt il concetto stesso di 'giurisdizione'. Facciamo quindi un passo indietro.

Innanzitutto, il primo dato fondamentale è che per Schmitt la giurisdizione non è necessariamente quell'attività esercitata da quei particolari funzionari (*i.e.*, i giudici) che si trovano a decidere in posizione di terzietà e imparzialità motivando le proprie decisioni. All'opposto, è accolta una concezione tutta *sostanziale* di giurisdizione: è giudice colui il quale applica norme a un caso concreto. Tutte le altre caratteristiche (terzietà, imparzialità, indipendenza, obbligo di motivazione ecc.) sono piuttosto conseguenze della funzione giurisdizionale così sintetizzata.

È chiaro sin da subito come per Schmitt sia centrale il legame tra la funzione giurisdizionale e la risoluzione di casi concreti[13], elevato a elemento fondamentale ed imprescindibile[14]. Il fine della giurisdizione è, quindi, *soltanto* l'applicazione delle norme: «istituzionalmente la giurisdizione non è preposta a far valere l'interesse pubblico sui diritti individuali agiti in giudizio o viceversa oppure a farsi mezzo di tutela di un determinato tipo di diritto soggettivo rispetto ad altri – come potrebbero essere, ad esempio, i diritti fondamentali di origine liberale rispetto a diritti del pari fondamentali, ma di origine diversa come i diritti sociali. La sintesi di queste istanze spetta *in primis* al legislatore; al massimo può essere affidata all'amministrazione – la quale, infatti, si differenzia dalla giurisdizione proprio perché può essere indirizzata al perseguimento di un determinato scopo –, ma non compete alla giurisdizione, giacché, in caso contrario, la sentenza non avrebbe più un contenuto predeterminato»[15].

[12] In quest'ottica (e in particolare in questa nozione di politicità), evidentemente non ha spazio una di quelle fondamentali funzioni della giustizia costituzionale che è la tutela delle minoranze dai possibili abusi delle maggioranze.

[13] Come vedremo meglio più avanti, invece, l'applicazione di norme a una serie indefiniti si soggetti e rapporti giuridici è invece tipica del legislatore.

[14] Questo dato sarà particolarmente rilevante quando si vedrà se la pronuncia di incostituzionalità debba avere effetto *inter partes* o *erga omnes,* e se il giudizio debba svolgersi in relazione a casi concreti in cui rilevi la legge incostituzionale, ovvero in astratto.

[15] G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 23.

Con ciò non si nega che una certa componente volontaristica sopravviva anche nella applicazione giudiziale[16], tuttavia, oltre una certa soglia, la discrezionalità diventa incompatibile con il concetto di giurisdizione così teorizzato[17]. La mediazione giudiziaria è del tutto secondaria e minimale, ed è proprio questa *mediazione* che consente di distinguere la figura del giudice da quella del legislatore. In questo senso, è utile prendere ad esempio il diverso ruolo che assumono il legislatore e i giudici rispetto alla costituzione: al primo non sarebbe infatti richiesto di emanare leggi dal contenuto "puntuale"[18]; mentre ai giudici si richiederebbe, al contrario, di emettere decisioni dal contenuto preciso, offrendo una mediazione nulla e una limitatissima portata "giusfacente" delle norme costituzionali. Per cui la costituzione sarebbe utilizzabile all'interno di un giudizio limitatamente a quelle disposizioni in grado di assicurare un contenuto (tendenzialmente) certo e vincolato alla sentenza.

Vero è che con l'introduzione delle costituzioni e quindi della giustizia costituzionale quella che una volta si definiva *libertà* del legislatore si è tramutata in *discrezionalità* (ma su questo punto torneremo più avanti), però si tratta di una discrezionalità qualitativamente ben diversa da quella del giudice (pertanto, i due soggetti non si distinguono soltanto per il *quantum* di discrezionalità esercitata). A parità di parametro normativo (*i.e.*, la costituzione), la distinzione sostanziale fra le due funzioni implica che questo parametro reagisca in maniera differente a seconda del soggetto che lo attua (il Parlamento o il giudice) o, più in generale a seconda del potere che vi si rapporta (legislativo o giudiziario). A questo consegue che la discrezionalità "dischiusa" dal detto parametro possa essere distinta in una discrezionalità legislativa e una discrezionalità giudiziaria. Quindi, se si parte dall'assunto che nell'attività giudiziale la componente volontaristica sia nulla, o

[16] che si accetta in particolare nel diritto civile, dove si riconosce al giudice «una certa libertà di movimento per il suo giudizio» (C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., 37).

[17] La discrezionalità giudiziale assume pertanto un ruolo marginale, ed in questo senso la posizione di Schmitt sembra presentare delle assonanze con quella di H.L.A. Hart (v. G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 25-28; I. Garzón Vallejo, *Hart y la configuracion del Estado jurisdiccional. Una lectura schmittiana,* in *Díkaion: revista de actualidad jurídica*, 2008, 12-28). La nozione di 'caso familiare' (Hart) e di 'sussunzione conforme alla fattispecie' (Schmitt) sembrano, infatti, da alcuni punti di vista, molto simili. Per entrambe l'applicazione di norme astratte a casi concreti «significa produrre atti dal contenuto vincolato, razionalisticamente ricavabili dalle medesime norme» indifferenti dal soggetto che le adotta. La discrezionalità giudiziale in Hart si manifesta soltanto nelle c.d. 'zone di penombra', e viene sempre mantenuta distinta dalla discrezionalità del legislatore per l'intrinseco «carattere interstiziale della prima» (G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 26). Per entrambi gli Autori la giurisdizione è quindi mediazione tra diritto (astratto) e fatto (concreto) che «è o giusdicente o *limitatamente* giusfacente» 27 (*corsivi miei*).

[18] Per 'puntuale' s'intende, in questo caso, quel "comando" preciso che conosciamo ad esempio nei casi in cui si decide una controversia concreta e quindi ci si relazione con un caso singolo e con soggetti determinati.

comunque fortemente contenuta[19], il problema del controllo di costituzionalità va affrontato tenendo presente il fondamentale distinguo tra la figura del legislatore e quella del giudice.

«La particolare posizione del giudice nello Stato di diritto, la sua obiettività, la sua posizione al di sopra delle parti, la sua indipendenza e inamovibilità, tutto questo poggia soltanto sul fatto che egli decide per l'appunto sulla base di una legge»[20]. In particolare, l'indipendenza esterna assume un ruolo di preminenza nel pensiero di Schmitt sulla giurisdizione, in quanto egli ritiene che l'attività del giudice debba rimanere necessariamente libera da ogni ingerenza o vincolo proveniente da altri poteri[21]. In caso contrario, il costo sarebbe il venir meno della caratteristica essenziale del concetto stesso di 'giurisdizione' che consiste della verificabilità della sentenza (almeno sul piano razionale). Infatti, con l'aumentare della discrezionalità, qualsiasi sia l'atto "prodotto", diminuirebbe proporzionalmente la prevedibilità del "risultato", dal momento che esso dipenderebbe interamente dalla volontà del suo autore. In questo senso, la *verifica razionalistica* si ridurrebbe ad un ragionamento del tutto inutile.

Inoltre, al di là della sua subordinazione al testo, l'indipendenza del giudice deve sussistere anche rispetto al popolo. La giurisdizione non ha, invero, alcun ruolo rispetto alla unità politica, che rimane prerogativa del potere legislativo ed esecutivo[22]. Una decisione che possa avere impatto su questa unità non può essere di pertinenza giudiziaria, ma necessariamente politica, pena lo stravolgimento della sua identità.

Quanto detto sino ad ora, conferma le anticipazioni fatte in apertura di questo paragrafo, ossia che Schmitt pare contrario al sindacato giurisdizionale di costituzionalità delle leggi, ed effettivamente è quanto normalmente si sostiene (né si vuole qui negare tale conclusione, che non a caso rappresentava anche il nostro assunto di partenza). Nondimeno, pare legittimo sottolineare come sembrerebbero trasparire dal pensiero dell'Autore alcuni passaggi logici che aprirebbero, almeno in astratto, alla plausibilità di un controllo giurisdizionale di costituzionalità. Si proveranno dunque a ricostruire gli elementi es-

[19] E questo indipendentemente dalla motivazione teorica: vuoi che sia la 'sussunzione conforme alla fattispecie' di Schmitt (C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 13), vuoi che sia la 'struttura aperta del linguaggio' di Hart (H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 150) o altro.

[20] C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 63-64.

[21] Quelli che Schmitt definisce 'ordini di servizio' (C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, (1928), Milano, Giuffrè, 1984, 210), e che si risolverebbero in interferenze autoritative sulla funzione giurisdizionale.

[22] È evidente che in questa concezione manca uno studio sulla declinazione anglo-americana del concetto di giurisdizione che, giusto per delinearne due elementi distintivi, vede il precedete giudiziario come fonte del diritto e una maggiore influenza degli altri poteri (legislativo ed esecutivo) sulla nomina dei giudici.

senziali di questo controllo e le loro caratteristiche minime così da valutarne la coerenza con il concetto di 'giurisdizione sostanziale' accolto da Schmitt.

Senz'altro per Schmitt il controllo non potrebbe che essere di tipo "diffuso" così da garantirne il più possibile i caratteri giurisdizionali propri della funzione del giudice "ordinario". Attribuire una funzione del genere ad un organo *ad hoc* sarebbe impossibile in quanto lo si metterebbe in competizione con il Parlamento inteso quale centro di sintesi della volontà popolare e quindi rappresentativo dell'unità politica e istituzionale dello Stato. In questo modo, il giudizio di legittimità costituzionale non si svolgerebbe in astratto, ma in relazione ad uno specifico caso concreto, così rispettando un'altra delle caratteristiche ritenute essenziali per un controllo propriamente giurisdizionale. In secondo luogo, la pronuncia sull'eventuale incostituzionalità non potrebbe che valere soltanto *inter partes:* il giudice potrebbe di fatto *soltanto* disapplicare la legge ritenuta illegittima. Diversamente, se il giudice potesse annullare l'atto normativo, potrebbe indebitamente prevaricare sulla volontà generale, nonostante sia carente della necessaria legittimazione (elemento considerato imprescindibile per qualsiasi atto anche solo latamente *politico*). Così, il giudice si rapporterebbe alla costituzione in modo non (troppo) dissimile da come si rapporta il legislatore.

Se questo può anche concordare, bisogna però sottolineare che il giudice, disapplicando la norma ritenuta illegittima, acquisisce comunque il potere di "imporsi" sulla volontà del legislatore. «Tuttavia, fino a quando è possibile distinguere fra una 'costituzione dei giudici' e una 'costituzione del legislatore', il giudice non potrà mai esaurire lo spazio lasciato alla libera scelta 'politica' degli organi rappresentativi del popolo e, grazie a questa distinzione, sarà possibile tracciare un affidabile confine oltre il quale il giudice non può spingersi nel sindacare la costituzionalità delle leggi»[23]. Per Schmitt, però, questo è possibile soltanto nei casi di «contraddizione evidente, che in tempi normali non saranno molto frequenti»[24]. Schmitt, infatti, «sa bene che la "posta" in gioco nel dibattito sulla giustizia costituzionale sta nella sua "utilità". Essa in tanto ha un senso, in quanto si occupa proprio di ciò di cui non dovrebbe occuparsi ovvero dei "dubbi e divergenze di opinione" che le norme costituzionali suscitano: detto altrimenti, proprio perché penetra nella sfera di discrezionalità offerta dal parametro di giudizio e valuta il modo in cui il legislatore l'abbia declinata – il che è tanto più possibile quanto più la costituzione abbonda di norme di principio e di generiche finalità che i poteri pubblici devono garantire. […] È questa

[23] G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 39-40.
[24] C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., 172.

l'ipotesi in cui *il sindacato di costituzionalità non costituisce più una comune espressione del concetto sostanziale di giurisdizione*»[25].

Al di là, quindi, di quelle evidenti e «indubbie violazioni della costituzione, che in uno Stato civile non saranno cosa di tutti i giorni»[26], non c'è spazio per un controllo giurisdizionale che possa avere uno spazio applicativo anche solo lontanamente "utile". Vale a dire che Schmitt considera anche solo la «rimozione di un'oscurità sul contenuto di una legge costituzionale» come «"determinazione del contenuto della legge", quindi in effetti legislazione, addirittura legislazione costituzionale", e non giurisdizione»[27]. Di conseguenza, non è possibile pronunciarsi su «dubbi e divergenze di opinioni» senza incidere direttamente «sulla specie e sulla forma dell'unità politica»[28], cosa che, di nuovo, può fare solo un organo rappresentativo del popolo.

Laddove il pensiero di Schmitt rappresenta, come visto, un importante contributo per inquadrare meglio l'aggettivo 'giurisdizionale', aiutando a comprendere come questo fosse concepito nel dibattito scientifico europeo della prima metà del Novecento, così, la dottrina di Kelsen risulta essenziale per fare lo stesso sul suo "contraltare", ossia l'aggettivo 'politico'. I due Autori risultano infatti complementari[29] per l'inquadramento del dibattito teorico sul sistema di giustizia costituzionale, tenuto conto che proprio il binomio 'politica e giurisdizione' rappresenterà, poi, il delicato tema su cui ci soffermeremo nei prossimi paragrafi del presente capitolo, quando si analizzeranno più nello specifico i lavori dell'Assemblea nella sua elaborazione del sistema di garanzie costituzionali (§§ 2. ss.).

Kelsen[30] costituisce senz'altro un punto di riferimento essenziale per qualsiasi teorizzazione sulla giustizia costituzionale, e questo non

[25] G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 40-41 (corsivi nel testo).
[26] C. Schmitt, *Il custode della costituzione*, cit., 57.
[27] *Ivi*, 74.
[28] C. Schmitt, *Dottrina della costituzione*, cit., 38.
[29] In questo senso A. Carrino: «si tratta di superare l'alternativa secca 'classica' tra decisione e norma, tra Schmitt e Kelsen, per riportare entrambi entro una visione unitaria, che tiene insieme decisione e norma, astratto e concreto, produzione e concretizzazione in una concezione che in ultima analisi considera l'unità come elemento centrale di ogni considerazione scientifica del diritto, unità tanto politica (Schmitt) quanto epistemologica (Kelsen)» (A. Carrino, *La Costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Milano, Mimesis, 2019, 248). Cfr. anche la recensione di L. Vespignani, *La Carta "in gioco". Il malessere della Costituzione tra norma e politica*, in *Lo Stato*, n. 14/2020, 599-608.
[30] Su H. Kelsen e il modello della giustizia costituzionale v. almeno C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di* political question, Milano, Giuffrè, 1991, 27-42; M. Barberis, *Kelsen e la giustizia costituzionale*, in *Materiali per la storia di una cultura giuridica*, 1982, 225 ss.; F. Rosselli, *L'attività giurisdizionale nella teoria di Kelsen*, in *Rivista di diritto civile*, n. 2/1991, 153 ss.; M. Troper, *Il problema della interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale*, in Idem, *Per una teoria giuridica dello stato,* Napoli, Guida, 1998, 263 ss.; G. Bongiovanni, Reine Rechtslehre *e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Milano, Giuffrè, 1998; M Troper, *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen's Evaluation of a Legal Concept*, in D. Diner, M. Stolleis (eds.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt: A Juxtaposition,* Gerlingen, Bleicher, 1999, 81 ss.; G. Bongiovanni, *Stato di diritto e giustizia costituzionale. Hans Kel-*

necessariamente per l'accoglimento del suo pensiero ed in particolare del suo modello (*prescrittivo*), ma per gli elementi fondamentali che ha fornito e posto al centro del dibattito sul tema. In altri termini, è stato certamente un *interlocutore* necessario per i nostri costituenti. Tuttavia, molto si è discusso su quale sia stata la sua reale influenza sulla elaborazione dell'insieme delle garanzie costituzionali in Italia[31] (ma in realtà lo stesso è accaduto anche in Germania)[32] ed in tal senso è necessario soffermarsi proprio su quegli aspetti inerenti ai concetti di 'politica' e 'giurisdizione' dai quali si è partiti. Infatti, è possibile già anticipare che, a dispetto della sua natura formalmente giurisdizionale[33], il tribunale costituzionale kelseniano, nella sostanza, si dimostra un organo essenzialmente politico. E già sottolineando questo primo dato, si capisce il motivo per cui in una Costituente fortemente legata al concetto *sostanziale* di giurisdizione non vi fosse terreno fertile per la ricezione di questo pensiero.

Addentrandoci più a fondo nella questione, bisogna ricordare che per Kelsen il giudizio sulle leggi deve essere necessariamente politico per non risultare essenzialmente inutile (se non vuole, quindi, che si limiti a rilevare i casi di incostituzionalità più palesi, e quindi, per così dire, "di scuola"). Ma vi è di più: «per Kelsen la giustizia costituzionale in tanto conta, in quanto il suo giudizio non sia surrogabile da parte di un qualsiasi altro giudice e disponga di quella legittimazione procedurale tale da compensare un'interpretazione costituzionale che per

sen e la Costituzione austriaca del 1920, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica,* Milano, Feltrinelli, 2002, 316 ss.; S.P. Hwang, *Rechtsanwendung in der pluralistischen Demokratie. Hans Kelsens Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung seiner Demokratietheorie* in *Der Staat*, 2007, 442 ss.; C. Pinelli, *The Kelsen/Schmitt Controversy and the Evolving Relations between Constitutional and International Law*, in *Ratio Juris,* 2010, 493 ss.; J. Pribán, *Self-Reference of the Constitutional State: A Systems Theory Interpretation of the Kelsen-Schmitt Debate,* in *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought*, 2011, 309 ss.; J.J. Moreso, *Kelsen on Justifying Judicial Review*, in R. Gonzalo, *Ecos de Kelsen: Vidas, obras y controversias*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2012, 354-378.

[31] In senso negativo v. A. Merlino, *Storia di Kelsen. La recezione della* Reine Rechtslehre *in Italia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; F. Riccobono, *Antikelsenismo italiano,* Torino, Giappichelli, 2017. In senso positivo v. A Giovannelli, *Alcune considerazioni sul modello della "Verfassungsgerichtsbarkeit" kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione politica della Corte Costituzionale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, Cedam, 1985, 385 ss.; C. Margiotta Broglio, *La Corte costituzionale italiana e il modello Kelseniano*, in *Quad. cost.*, 2000, 333 ss.; A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

[32] Ne dubitano infatti: R.C. Van Ooyen, *Viel Smend (und auch Schmitt), wenig Kelsen: Zur Rezeption in der deutschen Staatsrechtslehre*, in Idem, *Han Kelsen und die offene Gesellschaft*, Wiesbaden, Springer, 2017, 219 ss.; F. Günther, *The neglect of Hans Kelsen in West German Public Law Scholarship, 1945-1980*, in D. Telman (ed.), *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence,* Cham, Springer, 2016, 217 ss.

[33] Sul concetto di 'giurisdizione formale' per H. Kelsen v. almeno *Dottrina generale dello Stato* (1925), Milano, Giuffrè, 2013; Idem, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Milano, Etas, 2009; Idem, *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1990.

lo più non è e non deve essere una "sussunzione a fattispecie"»[34]. In altri termini, «a Kelsen interessa sempre e soltanto "chi" interpreta e non "come" interpreta», "chi" applica il diritto, e non "come" lo fa'. Il "come" è sempre e soltanto una semplice conseguenza del "chi": è solo attraverso le regole che identificano quel "chi" (*i.e.* il soggetto che agisce, quindi: il legislatore, il giudice comune, il giudice costituzionale), che si identifica la cornice delle competenze e delle modalità operative ed esecutive, cioè il "come". Il "come" è sempre e necessariamente un *posterius*.

Proprio per questo motivo, la giurisdizione, in Kelsen, si distingue dalla legislazione soltanto per le differenze che vi sono per l'individuazione (prima) e la regolazione (poi) di quel particolare organo. Le norme che disciplinano il procedimento giurisdizionale, la composizione dell'organo ecc. hanno un contenuto ben diverso da quelle che si occupano del procedimento legislativo. Dal punto di vista sostanziale, quindi, giurisdizione e legislazione sono, in un certo qual modo, omogenee, nel senso che sia l'una che l'altra applicano norme, ed entrambe, nella misura in cui le applicano, ne "producono" di nuove. Ne consegue che anche nella giurisdizione la discrezionalità non è più un fenomeno occasionale o anomalo – da circoscrivere accuratamente, pena la negazione del concetto stesso di giurisdizione –, ma è anzi regolare. La *mediazione* del giudice non è nulla, ma all'opposto è la normalità, e la decisione si giustifica non tanto sulla base di un ragionamento logico-giuridico razionalmente verificabile, bensì piuttosto da un punto di vista procedurale: la correttezza giuridica è tale in quanto svolta in conformità alle norme che disciplinano la funzione giurisdizionale e la sua procedura.

Si sgretola pertanto la distinzione tra norme "fruibili" e "non fruibili" giurisdizionalmente: per quel che concerne il punto di vista funzionale tutte le norme – comprese le norme costituzionali, anche programmatiche – si rivolgono al legislatore e al giudice indistintamente. Entrambi i soggetti potranno poi scegliere *discrezionalmente* la soluzione che riterranno più opportuna tra quelle comprese all'interno della "cornice" offerta dal parametro normativo. L'attività giurisdizionale non è, dunque, attività interamente vincolata e come per Schmitt, anche perché per Kelsen, più in generale, «non ha senso dividere gli atti giuridici in vincolati e liberi, giacché tutti gli atti giuridici hanno entrambi i caratteri»[35].

È naturale che a questo punto la sentenza non possa avere un contenuto predeterminato, in quanto l'operazione del giudice non è stret-

[34] G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 58.
[35] H. Kelsen, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello stato*, in Idem, *Il primato del parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982, 104.

tamente sussuntiva e subordinata alla volontà del legislatore (estrinsecata tramite la norma), ma anzi vi partecipa attraverso un'attività sostanzialmente omogenea che fa perno sullo stesso esercizio di discrezionalità[36]. In realtà, non è forse corretto parlare di *stesso esercizio* a meno di non fare una precisazione: la discrezionalità esercitata dal legislatore e dal giudice è certamente *qualitativamente* la stessa, nondimeno la distinzione esiste, seppur soltanto relativamente al profilo *quantitativo.* Infatti, il legislatore dispone comunque di una maggiore discrezionalità rispetto ai giudici, perché la "legge" che lo riguarda (la costituzione) normalmente è meno dettagliata rispetto alle leggi "ordinarie" applicate da questi ultimi. Tuttavia, si tratta di una distinzione non così significativa, anche considerando che comunque non varrebbe per il Giudice costituzionale, il quale, considerato soggetto alla sola costituzione, finisce per avere gli stessi margini di discrezionalità del legislatore.

Se concettualmente emanare sentenze e creare leggi è sostanzialmente identico – in quanto sia le prime che le seconde traggono legittimazione dalle norme sulla competenza a produrle e dalle norme procedurali – l'ambito nel quale il legislatore può esprimersi è senz'altro più ampio. «L'unitarietà del ragionamento giuridico tra legge e sentenza riguarda, allora, la struttura e non i suoi esiti: il ragionamento rimane sempre il medesimo nel fornire una 'cornice' e nel consentire discrezionalità, ma la 'cornice' non è certo la medesima per il legislatore e giudice e il mezzo principale per conformarla consiste nel dettare norme che disciplinano il contenuto di leggi e sentenze quali condizioni della loro validità»[37]. In particolare, la giurisdizione costituzionale, pur operando discrezionalmente nella sua attività di interpretazione e applicazione della costituzione, proprio per il particolare procedimento che disciplina l'esercizio delle sue competenze[38] e le sue modalità di costituzione, non può che giungere a soluzioni diverse rispetto a quelle possibili per il legislatore. In altri termini, quella che appare come la stessa "cornice" dalla quale sia il giudice delle leggi che il legislatore possono ricavare le più diverse soluzioni (in modo sostanzialmente analogo), "reagisce" con le norme che attengono al funzionamento della Corte e, per conseguenza, si ha una limitazione maggiore della sua discrezionalità (rispetto a quella del legislatore).

Si contrappone a questa impostazione teorica una visione del principio della separazione dei poteri che ne pone in evidenza lo sco-

[36] Pertanto, non è possibile distinguere un "uso giudiziario" e un "uso non giudiziario" della costituzione: il giudice e il legislatore si rapportano al testo costituzionale nello stesso modo.

[37] G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 65.

[38] Ad esempio, il fatto che abbia una competenza non attiva, ma di controllo non attivabile d'ufficio, che culmini con una pronuncia solo di annullamento ecc.

po di tutelare, tra le altre cose, la sovranità del legislatore. Ovviamente, secondo questa critica, un controllo di tal fatta (*i.e.*, politico) di un organo "estraneo" sul legislativo risulta difficilmente tollerabile. Un simile controllo potrebbe ritenersi legittimo soltanto se affidato o al legislatore stesso o ad un organo dotato di una sufficiente rappresentatività e legittimazione politica o al massimo ad un organo privo di un vero potere *decisionale*.

In conclusione, per Kelsen la giurisdizione non svolge una funzione qualitativamente diversa rispetto a quella legislativa: «un tribunale che ha il potere di annullare le leggi è di conseguenza organo del potere legislativo»[39]. È evidente, quindi, che il problema della separazione dei poteri sussiste solo per una posizione che accolga una nozione di giurisdizione sostanziale, mentre per l'impostazione formale (kelseniana) la questione è fondamentalmente "aggirata"[40].

Come detto, è solo per il tramite di una disciplina volta a definire il contenuto delle decisioni di incostituzionalità «che la 'cornice' offerta dalle norme costituzionali, pur lasciando intatta l'omogeneità funzionale fra legislazione e giurisdizione – soprattutto in termini di discrezionalità», venga ricostruita in termini tutto sommato analoghi alla *cornice* dei giudici comuni quando applicano una legge ordinaria. Il che conterrebbe la politicità intrinseca del giudizio sulle leggi[41].

§ I.2. – *La giustizia costituzionale nei lavori preparatori del Progetto di Costituzione italiana*

Come anticipato, le linee di fondo di tale confronto (ossia tra Schmitt e Kelsen) si ritrovano nel dibattito dell'Assemblea costituente italiana: nell'ambito della II Sottocommissione[42], infatti, una parte[43] dei

[39] H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in Idem, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, 173.

[40] «Per Kelsen, la giustizia costituzionale in tanto può contare, in quanto è in grado si sostituirsi discrezionalmente al modo con cui il legislatore ha interpretato la costituzione e ciò è possibile solo se la si dota di un''anima' volontaristica che è inaccettabile per il concetto sostanziale di giurisdizione» G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 77.

[41] Prevedere un controllo formalmente giurisdizionale allora vuole dire, in termini minimi: prevedere un organo che non può operare d'ufficio, ma in base al principio della domanda, avere ad oggetto una legge che quindi deve essere preesistente e limitarsi ad un annullamento non potendo operare una sua riformulazione.

[42] Del progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione per la Costituzione la parte relativa alla Corte costituzionale fu trattata in sette sedute dalla II Sottocommissione, seconda sezione, dal 13 al 24 gennaio 1947. Successivamente ci si soffermò in Aula in sede di discussione generale dal 28 novembre al 3 dicembre 1947.

[43] Sugli orientamenti dei partiti nella fase precostituente v. M. Battaglini, M. Mininni, *Codice della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1957, 89 ss.; F. Rigano, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982, 159 ss. Erano favorevoli all'istituzione della Corte costituzionale il Partito Repubblicano, il Partito Liberale, la Democrazia Cristiana, il Partito d'azione e l'Uomo qualunque.

costituenti era favorevole all'introduzione di un controllo di costituzionalità, un'altra[44] invece era decisamente contraria, in quanto riteneva «assurdo delegare il controllo della costituzionalità delle leggi, che saranno domani elaborate dal legislatore ordinario, ad un consesso privo di investitura popolare, quale si vorrebbe fosse la Corte costituzionale»[45]. Altre critiche molto incisive vennero manifestate in sede di discussione generale[46], tanto che lo stesso Costantino Mortati[47], nel ribadire che «occorre[va] dar vita ad un congegno il quale assicur[asse] l'osservanza delle norme sancite dalla Costituzione» propose, insieme a Tosato, un emendamento per escludere «qualsiasi sindacato di merito» sulle leggi[48].

Fin dall'inizio, quindi, si pose il problema della collocazione della Corte tra *politica* e *giurisdizione,* rispetto al quale si registrarono posizioni assai diversificate. In questo scenario, si sostenne la politicità della Corte ponendo l'accento sull'ambiguità di tutti i modelli di giustizia costituzionale, in quanto attraverso di essi «si attua una garanzia costituzionale che è politica nella sostanza, ma giurisdizionale nella forma»[49], ed evidenziando come «nell'ordinamento italiano tale ambiguità risulti accresciuta in seguito all'accostamento di elementi del controllo accentrato di matrice austriaca con elementi di quello diffuso tipico del *judicial review* statunitense rinvenibili nel ricorso incidentale introdotto ad opera della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1»[50].

Se questo può ritenersi verosimilmente un primo "schizzo" di quanto è stato oggetto di discussione in Costituente e negli anni subito successivi, allora si comprende quanto risulti importante spendere

[44] Nello specifico senz'altro gli orientamenti di sinistra. Per approfondimenti specifici sull'ideologia costituzionale della sinistra cfr. in generale C. Giorgi, *La sinistra alla costituente: per una storia del dibattito istituzionale*, Roma, Carocci, 2001; per il partito socialista F. Taddei, *La Costituente nella politica del PSI,* 17 ss.; C. Macchitella, *L'autonomismo,* 69 ss.; per il partito comunista G. Conti, M. Pieretti, G. Perra, *Il partito "nuovo" e la costituente,* 229 ss.; tutti i contributi in R. Ruffilli (a cura di), *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente, II. L'area socialista. Il partito comunista italiano*, Bologna, il Mulino, 1979.

[45] Così Laconi seduta del 13 gennaio 1947.

[46] Tra gli esponenti che fecero le critiche più penetranti al sistema di controllo di costituzionalità delle leggi si ricordano, per la cultura liberale, Nitti e V.E. Orlando, ma anche dalle sinistre si registrarono forti critiche tanto che lo stesso Togliatti definì la Corte «organo che non si sa che cosa sia e grazie alla istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il sistema del Parlamento e della democrazia, per esserne giudici», mentre «bisogna lasciare che la volontà popolare si possa esprimere attraverso gli istituti parlamentari, attraverso le istituzioni democratiche, sulla base costituzionale» (Seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947).

[47] Su Mortati costituente v. F. Bruno, *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, vol. II, Bologna, il Mulino, 1980, 59 ss.

[48] Seduta antimeridiana del 28 novembre 1947.

[49] E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna, il Mulino, 1996, 45-46; ma cfr. dello stesso A. anche *Giustizia costituzionale e sfera parlamentare*, in *Quad. cost.,* n. 2/1993, 272 e P. Caretti, E. Cheli, *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale,* in *Quad. cost.*, n. 1/1984, 34 ss.

[50] L. Vespignani, *Corte costituzionale:* poulitique ou politicienne?, cit., 118.

qualche parola in più sul tema. Nei paragrafi che seguiranno, quindi, si provvederà ad una (seppur parziale) ricostruzione del dibattito sulla giustizia costituzionale ripercorrendo i lavori dell'Assemblea, al fine di comprendere ancor meglio il progredire degli stadi concettuali che hanno portato al sistema di garanzie così come lo conosciamo oggi[51].

§ I.2.1. – *Le proposte "Calamandrei", "Leone", "Patricolo" e "Conti"*

Il problema della politicità della Corte appare già nei verbali dei lavori della Commissione Forti[52]. Infatti, posta la rigidità costituzionale come assunto di partenza, si riteneva una conseguenza necessitata l'istituzione di un organo di controllo finalizzato a verificare che «il potere legislativo ordinario non invad[esse] il campo del potere costituente»[53].

La Commissione[54] aveva il compito di realizzare una *summa* di tutte le posizioni, politiche e giuridiche, su varie tematiche, tra cui quella della giustizia costituzionale e dei problemi ad essa connessi[55]. La Relazione finale riconosceva «come fosse nell'ordine delle cose la scelta per un organo di giustizia costituzionale. Di fatto viene stabilito il nesso tra le scelte di una Costituzione rigida, "lunga" e il controllo di costituzionalità»[56]. Nonostante questo, non era ancora totalmente pacifica la volontà di istituire un organo *ad hoc* per svolgere tale compi-

[51] Sulla genesi della Corte costituzionale v. almeno C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi,* cit.; G. D'Orazio, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981; M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controlli di costituzionalità in Italia,* Milano, Giuffrè, 1997, 109 ss.; P. Pasquino, *L'origine du controle de constitutionnalité en Italie. Les débats de L'Assemblée constituante*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2006, 1 ss.; Aa.Vv., *Tra storia, giustizia e costituzione. I 50 anni della Corte Costituzionale*, numero monografico di *Giornale di storia costituzionale*, n. 1/2006; C. Colapietro, P. Carnevale (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2008; R. Orrù, F. Bonini, A. Ciammariconi (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici esperienze e modelli*, Napoli, Esi, 2012; E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana,* Roma-Bari, Laterza, 2012, A.A. Negroni, *La corte costituzionale all'Assemblea costituente,* Roma, Aracne, 2015; F. Bonini, *Storia della Corte costituzionale,* Urbino, La Nuova Italia Scientifica, 1996; A. Scalone, *Il giudice costituzionale fra diritto e politica*, in A. Carrino (a cura di), *Legalità e legittimità nell'interpretazione costituzionale*, Milano, Mimesis, 2019, 79-134.

[52] Il 21 novembre 1945 viene istituita la "Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato", meglio nota come Commissione Forti (dal nome del suo Presidente, Ugo Forti), alla quale si attribuì il compito di redigere uno studio da presentare all'Assemblea costituente.

[53] Ministero per la Costituente – Commissione per gli studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato, Relazione dell'Assemblea costituente, Roma, Franco Failli, 1946, vol. 1, 9.

[54] Tra i suoi membri più autorevoli ci si limita a ricordare Gaetano Azzariti, Vezio Crisafulli e Costantino Mortati.

[55] La Commissione Forti si suddivide, per svolgere al meglio il proprio lavoro, in cinque Sottocommissioni: problemi costituzionali; organizzazione dello Stato; autonomie locali; enti pubblici non territoriali e organizzazione sanitaria.

[56] F. Bonini, *Storia della Corte costituzionale,* cit., 31.

to[57], tanto che Vincenzo Gueli si schierava apertamente per l'assegnazione della competenza del sindacato di costituzionalità ai giudici ordinari, scrivendo che «solo ponendo l'autorità giudiziaria in contatto diretto con la Costituzione le si sarebbe riconosciuta una posizione di autonomia, degna di un vero e proprio potere costituzionale, e non già di un semplice ordine giudiziario»[58] e che la «possibilità di una reale influenza politica nei confronti del potere legislativo da parte della magistratura, che avrebbe dato luogo al tanto temuto governo dei giudici, non sarebbe derivata dall'esercizio del controllo di costituzionalità, ma si sarebbe avuta in ogni caso, e quindi anche in mancanza dell'attribuzione ai giudici di tale potere, dato che l'interpretazione delle leggi non è mai attività meramente logica»[59]. Da ultimo, viene già anche affrontato il problema dell'intrinseca politicità dell'attività della Corte e si osserva che «la tendenza è contraria di massima ad attribuire un contenuto politico al controllo di costituzionalità della legge, mirando a mantenerlo su un piano giuridico»[60].

Comunque, la commissione concluse «i lavori con una relazione in cui si manifestava una decisa preferenza per il sindacato di tipo accentrato, rimesso cioè ad un giudice unico che pronunciasse con efficacia *erga omnes* l'annullamento della legge viziata, e che potesse essere adito dal *quivis de populo* indipendentemente dalla effettiva lesione di un interesse[61]. L'idea guida che animava il sistema prefigura-

[57] «Sindacato accentrato e sindacato diffuso, secondo una terminologia che entrò subito a vele spiegate nel vocabolario dei giuristi, costituirono bensì le due sponde ideali della contesa, ma non altrettanto chiaramente era avvertita, negli studi di questo periodo, come in quelli degli anni immediatamente successivi, la difficile problematica e le molteplici implicazioni di ordine teorico connesse alla scelta tra i vari modelli evocati, considerati addirittura, in più di un caso, alla stregua di semplici strumenti alternativi, relativamente fungibili, perché tutti univocamente convergenti verso il fine di garantire che il potere legislativo ordinario non avesse a travalicare i limiti ad esso imposti dalla Carta costituzionale» (C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 3)

[58] E. Lamarque, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 19.

[59] *Ibidem*.

[60] F. Bonini, *op. cit.*, 32.

[61] Su questo particolare aspetto v. C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi*, cit., secondo il quale l'azione popolare «così lontana dagli schemi e dalle categorie elaborate dalla dottrina processualistica, pareva evocare il mito di una continua e diretta vigilanza dei cittadini e dei gruppi sull'attività degli organi statali, in vista di una edificazione dell'ordinamento che procedesse dalla base verso il vertice» (11-12). Tuttavia, per l'A. «con l'azione popolare la rottura con il passato non era poi così netta come si sarebbe portati a credere. L'istituto era indubbiamente nuovo, ma non altrettanto lo era – al di là delle apparenze – la concezione giuridica cui si ispirava. C'era alla base un'idea tutto sommato abbastanza tradizionale: quella che la legge, in quanto atto che si rivolge alla generalità, non trovi davanti a sé situazioni sostanziali autonomamente tutelabili, sicché l'interesse che può sorreggere l'azione dinanzi al giudice competente a dichiarare l'incostituzionalità della legge, è, per sua natura, indifferenziato e non qualificato, e si identifica con l'interesse, generale ed astratto alla reintegrazione dell'ordinamento costituzionale violato da atti del potere legislativo. È chiaro che, considerata da questo punto di vista, l'azione popolare non era soltanto un mezzo tecnico idoneo a garantire il massimo di giustiziabilità delle leggi, ma era, anche e soprattutto, lo strumento più adeguato a quelli che, secondo gli indirizzi scientifici sino ad allora

to dalla maggioranza dei relatori era quella di assicurare ai cittadini amplissime vie d'accesso al giudizio, liberandoli dall'onere di dover dimostrare un interesse qualsivoglia dipendente dall'atto legislativo impugnato; la concezione meramente oggettiva della giurisdizione costituzionale, che scaturiva da questo schema, intendeva proporsi non solo come la più garantista tra le diverse astrattamente ipotizzabili, ma come una svolta radicale rispetto alle idee imperanti sotto il vigore dell'ordinamento precedente»[62].

In seguito, eletta l'Assemblea costituente[63], la commissione per la Costituzione[64] esaminò il tema della giustizia costituzionale sostanzialmente sulla base di tre relazioni presentate dai deputati Calamandrei, Leone[65] e Patricolo[66], nelle quali, come vedremo, si individuano i primi tentativi di risolvere (*praticamente*) tutti quei problemi attinenti alla strutturale ambiguità del controllo di costituzionalità che sono stati introdotti e sommariamente illustrati dal punto di vista (più strettamente) *teorico* nelle pagine precedenti.

La proposta di Calamandrei[67] prefigurava una Corte divisa in tre sezioni con competenze diverse e la possibilità di riunirsi a sezioni unite per le impugnazioni in via principale per incostituzionalità delle leggi e per giudicare sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica e dei ministri[68]. Si prevedeva, poi, la possibilità di un controllo di legittimità delle leggi incidentale diffuso, ossia di competenza dei giudici ordinari. Tuttavia, i giudici ordinari avrebbero avuto sol-

prevalenti, dovevano considerarsi i caratteri "naturali" dell'atto legislativo: la generalità e l'astrattezza» (17-18).

[62] C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, cit., 5-6; ma v. anche A. Pizzorusso, *Commento all'art. 134 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli Editore e Soc. ed. del Foro Italiano, 1981, 66-67.

[63] A partire dal giugno del 1946 si svolgono i lavori per la scrittura e la redazione della Costituzione: i lavori all'interno della Costituente, affinché potessero essere svolti nel migliore dei modi, vengono divisi in tre Sottocommissioni: la prima avrebbe discusso la parte relativa ai diritti e doveri dei cittadini; la seconda, suddivisa al suo interno in due ulteriori sottocommissioni (potere esecutivo e potere giudiziario), la parte riguardante l'ordinamento della Repubblica; mentre la terza la parte concernente i diritti e doveri economico-sociali.

[64] I lavori nella Sottocommissione cominciano il 5 dicembre 1946, ma si inizia a parlare della previsione di un nuovo soggetto istituzionale solo a partire dal 13 gennaio 1947.

[65] In particolare, molte delle indicazioni tratte dalle prime due proposte si tradussero poi negli artt. 134 ss. Cost.

[66] Si riporta anche la proposta Conti, seppur quest'ultimo si espresse sull'organizzazione costituzionale dello Stato, ma il suon intervento si ritiene significativo anche per le implicazioni di giustizia costituzionale.

[67] V. M. Battaglini, M. Mininni, *Codice della Corte costituzionale*, cit., 87 ss.; cfr. C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 107-126; spec. 113 dove definisce la proposta di Calamandrei "kelseniana" (pur specificando che in Italia la dottrina più vicina a Kelsen è quella di Mortati, 121, nota 129), in tal senso anche S. Basile, *La cultura politico-istituzionale e le esperienze "tedesche"*, in U. De Siervo, *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, vol. I, Bologna, il Mulino, 1990, 45 ss.; A. Pizzorusso, *Commento all'art. 134 Cost.*, cit.

[68] Commissione per Costituzione-II Sottocommissione, Relazione del deputato Calamandrei Piero sul potere giudiziario e sulla Suprema Corte costituzionale, 205.

tanto un potere di sospensione della legge reputata incostituzionale, con effetti quindi nel solo caso concreto oggetto del giudizio c.d. *a quo*. In alternativa, avrebbero potuto sospendere la decisione e trasferirla alla prima sezione della Corte costituzionale. Inoltre, le parti e il pubblico ministero avrebbero goduto della possibilità di ricorrere alla prima sezione avverso una sentenza che avesse deciso in via incidentale la questione. In entrambi i casi, la decisione della prima sezione avrebbe avuto comunque un'efficacia limitata alla causa decisa[69].

Di particolare importanza il termine massimo di impugnativa in via principale (a tutela della stabilità e centralità della legge): tre anni dalla promulgazione della legge. I legittimati attivi sarebbero stati il procuratore generale Commissario della giustizia, (almeno) cinquanta parlamentari o, in seguito a decisioni di incostituzionalità pronunciata dalla prima sezione della Corte, ogni elettore. L'effetto della sentenza di accoglimento sarebbe stato però meramente dichiarativo. Il Governo e il Parlamento avrebbero poi dovuto provvedere alla modifica o alla abrogazione della legge dichiarata incostituzionale. In caso di mancata approvazione del progetto «le stesse assemblee legislative dichiarano sospesa l'efficacia della legge dichiarata incostituzionale, la quale da quale momento ha valore di una proposta di modificazione della Costituzione, da sottoporsi in via d'urgenza al procedimento stabilito per l'approvazione di tali proposte […], qualora la proposta sia respinta, la legge incostituzionale si ha per approvata»[70].

In sintesi, «Calamandrei non appariva disposto a relativizzare quella che per tutta l'età statuaria era stata la fonte sovrana nell'ordinamento – la legge – rispetto alla Costituzione stessa: quest'ultima, perciò, nelle intenzioni del giurista fiorentino, avrebbe dovuto aver vita prevalentemente per il tramite della legge, contenendo il più possibile l'ingerenza che nel processo di attuazione costituzionale sarebbe derivato dal sindacato circa la conformità a Costituzione dell'esercizio della potestà legislativa»[71]. Per conservare la centralità del Parlamento[72], infatti, si prevedeva un sistema per l'abrogazione alquanto complicato[73]. Sia il controllo in via incidentale che quello in via principale non arrivavano direttamente al formale annullamento della legge impugnata. Nel primo, il contrasto poteva risolversi solo in una *disapplicazione* della legge al caso concreto, (lasciando del tutto intatta la sua formale vigenza). Al massimo, tale contrasto poteva essere denunciato

[69] *Ivi*, 204.

[70] Commissione per Costituzione-II Sottocommissione, Relazione del deputato Calamandrei Piero sul potere giudiziario e sulla Suprema Corte costituzionale, 205.

[71] G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 89.

[72] S. Grassi, *Calamandrei e la funzione parlamentare*, in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, Giuffrè, 1990, 489 ss.

[73] V. anche C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 113; 121-122.

stimolando il secondo tipo di controllo, ma l'ultima parola sulla sorte della legge spettava comunque al Parlamento.

Tuttavia, come fece notare l'on. Leone nella seduta del 15 gennaio 1947 non poteva davvero garantirsi «che col sistema della pronuncia incidentale del magistrato sulla costituzionalità della legge, il potere legislativo non sarebbe sopraffatto, perché la dichiarazione di incostituzionalità si limiterebbe al caso concreto»[74]. Invero, «la formazione di solidi filoni giurisprudenziali avrebbe comunque di fatto contribuito a contestare la supremazia della legge, che sarebbe rimasta formalmente vigente, ma che sarebbe stata svuotata di significato mediante un'interpretazione giurisdizionale non soggetta a termine, minando così il fondamentale valore della certezza giuridica»[75]. La permanenza di queste criticità non sfuggiva certo a Calamandrei, che proprio per tale motivo sosteneva la concezione della natura immediatamente precettiva della Costituzione. Limitando infatti il più possibile la previsione di norme dal contenuto programmatico o indefinito[76], si sarebbe limitata anche la discrezionalità della Corte nell'interpretazione delle stesse (escludendola così dal processo di attuazione costituzionale)[77]. Una Costituzione facilmente intellegibile, di agevole interpretazione, sarebbe stata un chiaro parametro per il giudice che avrebbe potuto farne diretta applicazione senza così politicizzare il proprio ruolo.

S'in dall'inizio della sua relazione[78], l'on. Leone segnalava l'importanza di un organo specifico e autonomo preposto alla tutela della rigidità costituzionale. La Corte doveva essere, infatti, estranea ai tre poteri, compreso il giudiziario. Infatti, se «Calamandrei assumeva quale imprescindibile punto di partenza la tripartizione dei poteri, e perciò 'spezzava' il controllo di costituzionalità in un giudizio politico, che dava vita al controllo in via principale, e in un giudizio tecnico, che originava il controllo in via incidentale, rigorosamente separati l'uno dall'altro […], Leone, invece, proprio perché era consapevole dell'alterità della funzione in esame rispetto alla tripartizione dei poteri, riuniva entrambi gli aspetti e più volte ribadì la natura contestualmente politica e tecnica del giudizio di costituzionalità. L'accorpamento di entrambe le componenti rappresenta l'autentica 'chiave di volta'

[74] *La Costituzione repubblicana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei Deputati, 1971, vol. VIII, 2032.

[75] G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 93.

[76] Cfr. in P. Barile (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, Giuffrè, 1990: A. Galante Garrone, *I diritti di libertà da Ruffini a Calamandrei*, 269 ss.; A. Pace, *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Calamandrei,* 303 ss.; P. Barile, *Piero Calamandrei all'Assemblea Costituente*, 333 ss.

[77] È questa la posizione del c.d. "partito del preambolo" per il quale le dichiarazioni di principio e programmatiche si sarebbero dovute inserire, appunto, in un preambolo, dandone quindi una valenza più che altro simbolica a discapito di quella giuridica (cfr. sul tema C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 141-148).

[78] Anche in M. Battaglini, M. Mininni, *Codice della Corte costituzionale*, cit., 90-95.

del progetto Leone»[79] ed anche per questo egli escludeva la praticabilità di un controllo di tipo diffuso[80].

Quanto alla composizione di tale organo, si proponeva di ammettere oltre ad "alti magistrati" «uomini di scienza ed anche personalità del mondo politico tratte o dai varii organismi politici del paese o dal novero di quelli che, pur avendo appartenuto al mondo politico attivo, [fossero] per la loro autorità o per il loro prestigio svincolati da interessi di partiti o gruppi»[81]. Si riteneva poi un corollario indispensabile della democraticità del nuovo ordinamento che si stava delineando allargare la legittimazione ad adire la Corte a tutti i cittadini, sia «per obbedire ad un'esigenza di attuazione larga del principio democratico, sia per svincolare la tutela del diritto del cittadino dal giudizio di un organo, che può in buona o mala fede sacrificarlo mediante il mancato esercizio del potere di iniziativa»[82]. Tuttavia, Leone non faceva della Corte un organo di garanzia delle posizioni soggettive dei singoli, ma, piuttosto, dell'unità politica dell'ordinamento la cui tutela al limite avrebbe potuto estendersi soltanto indirettamente ai diritti fondamentali del cittadino[83].

Inoltre, rispetto al progetto di Calamandrei, la sentenza della Corte sarebbe stata sempre di annullamento della legge reputata illegittima ed avrebbe avuto efficacia *ex tunc*. E ancora, alla Corte sarebbe spettato l'ulteriore potere di «stabilire un regolamento delle situazioni disciplinate dalla legge o dall'atto dichiarato nullo per il tempo intercorrente fra l'emanazione di questi e la pubblicazione della sentenza; con la riserva che, nel caso di azione promossa da cittadini o enti, la dichiarazione di nullità nei confronti dei medesimi [avrebbe operato] con piena efficacia retroattiva»[84]. Infine, anche per Leone, sempre a garanzia della stabilità dell'ordinamento e a tutela della posizione di pri-

[79] G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 119.

[80] Leone intuiva come fosse insopprimibile la politicità insita nel controllo di costituzionalità e comprendeva come per «sopprimere questo carattere non sarebbe valso attribuirne la titolarità a tutti i giudici comuni: anzi seguendo questo sentiero così ortodosso, non solo si correva il rischio di istituire un organo il cui indirizzo politico si sarebbe sviluppato del tutto al di fuori di una logica parlamentare, ma addirittura si profilava la minaccia di politicizzare l'intera funzione giurisdizionale» (G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 124).

[81] Commissione per Costituzione-II Sottocommissione, Relazione del deputato Leone Giovanni sul potere giudiziario e sulla Corte di garanzia costituzionale, 206.

[82] *Ivi*, 215.

[83] Sul punto C. Mezzanotte: «se in un sistema di giustizia incardinato nell'azione popolare, i diritti e le libertà se non proprio vanificati, erano degradati al rango di *interessi occasionalmente protetti*, il corrispettivo di questa degradazione era pur sempre la possibilità riconosciuta al cittadino, in quanto tale, di ergersi a difensore degli imperativi costituzionali: tutti indistintamente qualunque ne fosse il contenuto» (*Il giudizio sulle leggi*, cit., 83-84, corsivi miei).

[84] Commissione per Costituzione-II Sottocommissione, Relazione del deputato Leone Giovanni sul potere giudiziario e sulla Corte di garanzia costituzionale, 216.

mazia del Parlamento, sarebbe stato necessario fissare un termine entro il quale esercitare il potere di impugnativa.

Più in generale, quindi, il procedimento del giudizio di costituzionalità veniva giurisdizionalizzato[85] in modo più stringente (sia formalmente che sostanzialmente) proprio al fine di limitarne il più possibile la portata politica[86].

Riguardo alla costituzionalità delle leggi, anche Patricolo[87] escludeva la praticabilità di un controllo della costituzionalità di tipo diffuso e riteneva che la soluzione più corretta fosse di permettere ai giudici «di sospendere i procedimenti e di adire la Suprema Corte Costituzionale per i giudizi di merito»[88]. La presenza di un organo di garanzia[89] appositamente istituito si riteneva indispensabile in uno Stato che volesse essere veramente democratico. Per poter adempiere correttamente a tali compiti, inoltre, la Corte doveva essere «assolutamente indipendente dai tre poteri»[90], compreso quindi il potere giudiziario[91]. Nelle parole di Patricolo: sarebbe stata «una corte, per così dire, *non* giudiziaria, anche se titolare di poteri giurisdizionali»[92]. Una ulteriore particolarità di questo progetto risiedeva nella legittimazione che avrebbe dovuto avere la Corte, che sarebbe dovuta derivare dalla stessa volontà popolare (attraverso anche alla previsione di un referendum per convalidare l'elezione del suo Presidente)[93]. In questo modo, essa avrebbe potuto esercitare "legittimamente" un vero e proprio potere *discrezionale*.

In ultimo, le decisioni della Corte sarebbero state definitive e inoppugnabili e, – con una proposta senz'altro originale – per la loro esecuzione[94] la Corte avrebbe potuto «disporre delle Forze armate dello Stato»[95].

[85] Almeno rispetto alla proposta di Calamandrei.

[86] Proprio questa è una delle caratteristiche più originali della proposta, oltre che esserne la sua sintesi.

[87] Si precisa che tale progetto non venne mai in discussione. Il progetto è comunque consultabile per l'intero anche in M. Battaglini, M. Mininni, *Codice della Corte Costituzionale con i lavori preparatori, la giurisprudenza, le norme impugnate,* cit., 98 ss.

[88] Commissione per Costituzione-II Sottocommissione, Relazione del deputato Patricolo Gennaro sul potere giudiziario e sulla Suprema Corte costituzionale, 221.

[89] Non solo per l'ordine democratico nel suo complesso, ma anche e soprattutto per quei diritti intangibili dei cittadini riconosciuti nella Carta.

[90] Commissione per Costituzione-II Sottocommissione, Relazione del deputato Patricolo Gennaro sul potere giudiziario e sulla Suprema Corte costituzionale, 224.

[91] Da questo punto di vista la proposta ricalca quanto previsto dal "progetto Leone".

[92] A. Scalone, *Il giudice costituzionale fra diritto e politica*, cit., 89.

[93] Commissione per Costituzione-II Sottocommissione, Relazione del deputato Patricolo Gennaro sul potere giudiziario e sulla Suprema Corte costituzionale, 224.

[94] ma lo stesso si dice anche, in generale, «per la tutela della Costituzione».

[95] Commissione per Costituzione-II Sottocommissione, Relazione del deputato Patricolo Gennaro sul potere giudiziario e sulla Suprema Corte costituzionale, 224.

La proposta Conti[96], pur non avendo ad oggetto direttamente il tema della giustizia costituzionale, ma trattando dell'organizzazione dello Stato, prevedeva l'istituzione di un organo specifico che giudicasse sui ricorsi di incostituzionalità dello Stato e delle Regioni, sui conflitti di competenza tra Stato e Regioni (e tra queste), e sul Presidente della Repubblica e sui Ministri quando fosse promossa azione di responsabilità penale dalla Camera dei Deputati.

Conti, ben comprendendo il «carattere particolarmente delicato delle funzioni» attribuite a questa corte, ribadiva come fosse indispensabile che essa fosse in grado di coniugare «competenza tecnica», «indipendenza», e «comprensione delle materie»[97].

§ I.2.2. – *Quali competenze per la Corte?*

I progetti Calamandrei e Leone convergevano nel tratteggiare un controllo di costituzionalità che, nonostante tutto, doveva sempre e comunque rispettare la centralità del Parlamento. Per cui entrambi, seppur con un approccio come visto differente, tentavano di escludere il più possibile la "politicità" del giudizio sulle leggi. Anche «la discussione avvenuta nella seconda sezione della II Sottocommissione mostra come in più di un commissario fosse presente il timore di attribuire alla Corte troppe competenze e di farne in questo modo un organo dal peso politico preponderante»[98]. Tra questi si ricorda la posizione di Uberti (Democrazia Cristiana) che proponeva di limitare al massimo l'azione della Corte, ritendendo che tale organo dovesse essere «giurisdizionale, più che politico»[99]. «L'efficacia del suo intervento dovrebbe realizzarsi, quindi, più che attraverso la molteplicità delle decisioni, attraverso la remora che deriva dalla possibilità di ricorso al suo intervento, in quanto è evidente che la preoccupazione che una legge possa essere annullata per incostituzionalità, tratterà i competenti organi dall'emanare disposizioni che non siano in armonia con la Costituzione»[100].

Ancora più marcata la posizione di Bulloni (Democrazia Cristiana), per il quale, in realtà, l'adozione di una Costituzione rigida avrebbe reso superflua l'istituzione di una Corte, per di più non eletta ma in grado di limitare la "volontà popolare" espressa dalle Camere. Una

[96] Commissione per Costituzione-II Sottocommissione, Relazione del deputato Conti Giovanni su l'organizzazione costituzionale dello Stato, 169-172.

[97] *Ibidem*.

[98] A. Scalone, *Il giudice costituzionale fra diritto e politica*, cit., 91.

[99] Assemblea Costituente-Commissione per la Costituzione-Seconda Sottocommissione (seconda sezione), *Resoconto sommario della seduta di lunedì 13 gennaio 1947*, 130.

[100] *Ibidem*.

«Corte, al massimo, potrebbe essere creata per giudicare della costituzionalità delle leggi regionali e per dirimere gli eventuali conflitti fra le Regioni e lo Stato»[101]. In tutta risposta Ambrosini (Democrazia Cristiana), ribadiva invece «che o si attribuiscono alla corte compiti di sindacato costituzionale sulla legislazione ordinaria, o essa perderebbe la sua ragion d'essere»[102].

In occasione dell'adunanza plenaria della Commissione nel pomeriggio del 1 febbraio 1947 vennero avanzate[103] due importanti obiezioni all'istituzione della Corte. In entrambe le critiche veniva percepita come un problema l'intrinseca politicità del giudizio sulle leggi, in particolare se svolto da un organo *ad hoc*. Opposte le conclusioni: per la prima si sarebbe dovuto optare per un sindacato diffuso, unica opzione *propriamente* giurisdizionale (scevra quindi da ogni connotazione politica)[104]; per la seconda, viceversa, si sarebbe dovuto arginare questa ineliminabile politicità tramite un controllo diretto del Parlamento sulla corte istituenda.

Luigi Einaudi[105] evidenziava come ogni precedente di Tribunale costituzionale o era andato male o era rimasto "scritto nei libri" senza aver avuto alcuna applicazione concreta, e non a caso[106]. Secondo l'illustre economista, soltanto i tribunali ordinari sarebbero stati in grado di garantire quel carattere giuridico e non politico che avrebbe dovuto avere il giudizio sulla costituzionalità delle leggi, in quanto, «se il giudizio della incostituzionalità delle leggi è lasciato al Tribunale ordinario, si ha la massima probabilità che il giudizio stesso sia ispirato esclusivamente a criteri giuridici; mentre invece, se tale giudizio è affidato ad una corte speciale, esso avrà in parte un valore giuridico, ma in parte più notevole un valore politico. La Corte, per quanto si circondi di garanzie, è pur sempre una Corte nominata dal Parlamento e, quindi, ha un carattere indiscutibilmente politico. Attraverso la nomina politica quello che influisce di più è l'ambiente politico e non quello giuridico: non sono considerazioni puramente giuridiche quelle che fanno sì che il giudizio di costituzionalità sia formato. Il giudizio di costituzio-

[101] *Ivi*, 132.

[102] A. Scalone, *Il giudice costituzionale fra diritto e politica*, cit., 92.

[103] Si sottolinea che le obiezioni provenivano da opposti orientamenti politici: Einaudi esponente del Partito Liberale Italiano, Laconi del Partito Comunista Italiano.

[104] Come sottolinea A. Pizzorusso, «la portata di questa proposta, respinta a conclusione di una breve discussione, non va confusa con quelle degli oppositori del controllo di costituzionalità, poiché essa presupponeva al contrario una convinta adesione al principio ispiratore del controllo, insieme con una precisa opzione a favore del sistema americano» (*Commento all'art. 134 Cost.*, cit., 71).

[105] Su Einaudi in Costituente v. M. Da Passano, *L'"eri dicebamus" di Luigi Einaudi*, in Aa.Vv., *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. I, Firenze, Vallecchi, 1969, 188 ss.

[106] Assemblea Costituente, *Resoconto sommario della seduta pomeridiana di sabato 1 febbraio 1947*, 287-288.

nalità di una legge è un giudizio che deve avere puramente un carattere giuridico. Qualora il Parlamento voglia modificare la legge, la modifichi secondo le vie normali, non attraverso questa maniera indiretta di far pronunziare la incostituzionalità o costituzionalità di una legge»[107].

Sull'opposto fronte politico, il comunista Laconi[108] sottolineava come giudicare la costituzionalità di una legge approvata dal Parlamento fosse un'operazione essenzialmente politica, che poteva essere esercitata legittimamente solo da un organo legislativo o para-legislativo[109]. Pertanto, l'unica condizione che richiedeva per accettare l'istituzione di una Corte costituzionale, era che questa fosse dotata di una legittimazione dello stesso tipo (o sostanzialmente assoggettata al controllo parlamentare, ad esempio, tramite la nomina dei suoi membri).

All'interno della Assemblea Plenaria si registrarono posizioni differenziate: da quelle fortemente critiche, a quelle favorevoli, passando per quelle più moderate e intermedie, tenuto conto che anche tra le posizioni critiche non sono mancati interventi eterogenei, in relazione anche alle differenti matrici politiche dei rispettivi esponenti. Sul versante liberale[110], ad esempio, Nitti criticava apertamente l'idea di istituire un tribunale costituzionale, che non esitava a definire «caricatura di Corte costituzionale»[111] (anche confrontandola con la Corte suprema americana). Per Nitti la Corte non solo sarebbe stata «inutile e dannosa», ma anche «causa di confusione»[112]: «avrebbe [avuto] per solo effetto di turbare profondamente la vita dello Stato»[113].

Vittorio Emanuele Orlando, invece, ritenendo che un istituto o un organo derivasse necessariamente la sua autorevolezza dalla sua "forza politica" o meglio dalla «tradizione che si è venuta formando», evidenziava come tali elementi inevitabilmente mancassero nella corte istituenda[114]. Più correttamente, Orlando era ostile non solo all'istituzione di una specifica Corte ma, più in generale, a una qualsiasi forma di sindacato sulla legge (accentrato o diffuso che fosse).

Viceversa, la critica di Nenni si fondava sulla preminenza del principio della sovranità popolare, ritenuto del tutto incompatibile con l'istituzione di un organo di controllo delle leggi (che sarebbe stato, in

[107] *Ivi*, 288.

[108] E sostanzialmente identica la posizione di Targetti (Partito Socialista Italiano).

[109] Secondo Laconi, quindi, l'ampio apporto politico di questa attività avrebbe impedito in maniera assoluta la praticabilità di un controllo di tipo diffuso.

[110] Critico rispetto alle argomentazioni di Nitti e Orlando che non esita a definire «molto generiche e talora quasi patetiche» A. Pizzorusso, *Commento all'art. 134 Cost.*, cit., 72.

[111] Assemblea Costituente, *Seduta di sabato 8 marzo 1947*, 1915.

[112] Assemblea Costituente, *Seduta di venerdì 28 novembre 1947*, 2607.

[113] *Ivi*, 2610.

[114] Assemblea Costituente, *Seduta del 10 marzo 1947*, 1939. Più in generale sulla posizione di V.E. Orlando si segnalano G. D'Orazio, *La genesi della Corte Costituzionale,* cit., 58-72; F. Pizzolato, *Orlando all'Assemblea Costituente*, in *Rivista AIC*, 2016; M. Gregorio, *V.E. Orlando costituente*, in *Nomos*, n. 3/2017, 1 ss.

questo senso, sovraordinato al Parlamento). «La progettata Corte potrà essere formata degli uomini i più illustri, i più ferrati in materia di diritto costituzionale, ma per non essere essi gli eletti del popolo, non hanno diritto di giudicare gli atti del Parlamento»[115].

Dello stesso tenore le critiche di Togliatti[116], secondo il quale – coerentemente con la posizione più generale delle "sinistre"[117] – la Corte avrebbe rischiato di rappresentare un freno inopportuno alla legittima esplicazione della volontà popolare espressa dall'attività parlamentare, risultando condizionata dal timore di possibili innovazioni politiche, economiche e sociali in direzione, per così dire, "socialista".

Vinciguerra[118] e Preti[119], invece, per il timore di un'«eccessiva politicizzazione della Corte e dunque di un superpotere giudiziario» si "arroccavano" su posizioni più conservatrici proponendo di attribuire la competenza a giudicare la legittimità delle leggi alla Cassazione (per meglio garantire, in questo modo, un controllo puramente tecnico-giuridico).

Tra i più convinti sostenitori di un Tribunale costituzionale bisogna senz'altro ricordare la posizione di Ruini, che sintetizzava la questione in poche (ma significative) battute, definendo il dibattito sulla giustizia costituzionale: un «ragionamento abbastanza semplice». Il sillogismo[120] di Ruini era il seguente: «se la Costituzione è rigida, vi de-

[115] Assemblea Costituente, *Seduta del 10 marzo 1947*, 1947.

[116] «Tutte queste norme sono state ispirate dal timore: si teme che domani vi possa essere una maggioranza, che sia espressione libera e diretta di quelle classi lavoratrici, le quali vogliono profondamente innovare la struttura politica, economica, sociale del Paese; e per questa eventualità si vogliono prendere garanzie, si vogliono mettere delle remore: di qui la pesantezza e lentezza nella elaborazione legislativa, e tutto il resto; e di qui anche la bizzarria della Corte costituzionale, organo che non si sa che cosa sia e grazie alla istituzione del quale degli illustri cittadini verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il sistema del Parlamento e della democrazia, per esserne i giudici. Ma chi sono costoro? Da che parte trarrebbero essi il loro potere se il popolo non è chiamato a sceglierli? Tutto questo, ripeto, è dettato da quel timore che ho detto» (Assemblea Costituente, *Seduta pomeridiana di martedì 11 marzo 1947*, 1998).

[117] «Il valore che le sinistre si premurarono di mantenere intatto in tutto l'arco della discussione in materia di giustizia costituzionale fu la sovranità delle decisioni prese dal Parlamento, al cui interno avrebbero operato i nuovi soggetti portatori della volontà del popolo sovrano ovvero i partiti politici» (G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 138).

[118] «Alla Corte Suprema di Cassazione non potrà essere vietato il sindacato di costituzionalità. Ed allora esso non può essere riservato come un patrimonio esclusivo alla Corte costituzionale di nuova creazione. Necessità quindi di garantire le condizioni dell'indipendenza a questo potere giudiziario, che può entrare in contrasto anche con gli altri poteri dello Stato nell'applicazione della legge» (Assemblea Costituente, *Seduta pomeridiana di venerdì 7 novembre 1947*, 1846.

[119] Anche lui ritiene che il giudizio di costituzionalità limitato al caso concreto andrebbe attribuito alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

[120] Ripreso poi in M. Ruini, *La Corte Costituzionale nella Costituzione italiana*, in *Rivista amministrativa*, 1949, 227-228: «*Primo*: poiché la costituzione è rigida, bisogna che le leggi ordinarie non siano in contrasto con la costituzione. *Secondo*: il controllo di costituzionalità non può essere dato al Parlamento, che sarebbe controllore e controllato, né la costituzione sarebbe rigida; d'altra parte quel controllo richiede una competenza che eccede la normale competenza giudiziaria. *Ergo:* si deve istituire un'apposita Corte Costituzionale».

ve essere qualche organo che accerti se le leggi sono conformi o no alla Costituzione. Questo compito bisogna darlo a qualcuno. […] Che cosa ha fatto la Commissione? Ha proposto un organo, un istituto nel quale – ecco un buon compromesso – vi sono insieme gli elementi competenti della Magistratura, del Foro, della cattedra e quelli designati dal Parlamento»[121].

Per Codacci Pisanelli il controllo di costituzionalità non era che l'esito di un processo storico e teorico iniziato con l'istituzione di garanzie contro la discrezionalità del potere giudiziario e amministrativo e che doveva logicamente concludersi con l'istituzione di un sistema similare rispetto alla discrezionalità legislativa[122].

Anche per La Pira, la Corte era un organo assolutamente necessario: «il coronamento del nostro edificio costituzionale[123]». Senza, la Carta sarebbe rimasta come una «casa senza tetto, un edificio senza volta»[124]. Infatti, se esisteva una Costituzione che fissava dei limiti al legislatore, doveva anche esserci un organo controllore che ne rilevasse e sanzionasse le eventuali violazioni. La Pira escludeva, poi, che si potesse ricorrere «alla giurisdizione ordinaria perché si [sarebbe potuto] eccepire che la giurisdizione ordinaria con i suoi organi ordinari di giurisdizione si riferisce alla legge ordinaria, a quella che si chiama legge successiva, derivata, ma non alla legge base, alla norma base, la quale, appunto perché tale, ha caratteri speciali e, pertanto, caratteri speciali devono avere la giurisdizione e l'organo correlativi»[125]. Al tempo stesso pretendeva che l'«organo supremo di controllo dell'attività legislativa futura» godesse di una ampia autonomia rispetto al Parlamento, e quindi rispetto al "controllato".

In ultimo, a dispetto dell'orientamento "compattamente negativo" della sinistra, il socialista Paolo Rossi reputava la Corte indispensabile per la tenuta del nuovo sistema che si andava delineando e, in particolare, perché la Costituzione non rimanesse «una romantica dichiarazione dei diritti dell'uomo», o «un semplice *cahier* dei desideri scaturiti da una sinistra esperienza»[126].

---

[121] Assemblea Costituente, *Seduta mercoledì 12 marzo 1947*, 2023.

[122] «Se è stato provveduto a impedire gli abusi del potere giudiziario e di quello amministrativo, non sono state ancora trovate garanzie sufficienti contro gli abusi del potere legislativo […]. Dopo aver provveduto a garantire il singolo contro il potere amministrativo dello Stato, dobbiamo preoccuparci di garantirlo contro gli abusi del potere legislativo. Qui il problema, qui la sostanza di tutto questo titolo e la ragione per cui noi sosteniamo che l'istituzione di una Corte costituzionale costituisce una garanzia per tutto il sistema, nonostante gli inconvenienti e i difetti che possa presentare il progetto Costituzione» (Assemblea Costituente, *Seduta antimeridiana di venerdì 28 novembre 1947*, 2616-2617). In sintesi, per Codacci Pisanelli «la "giustizia nella legislazione" è come un completamento della "giustizia nell'amministrazione"» (A. Pizzorusso, *Commento all'art. 134 Cost.*, cit., 75).

[123] Assemblea Costituente, *Seduta pomeridiana di venerdì 28 novembre 1947*, 2627.

[124] *Ibidem*.

[125] *Ibidem*.

[126] *Ivi*, 2630.

Soprattutto fra i costituenti della "Democrazia Cristiana" vennero sollevati numerosi dubbi in merito alla possibile deriva eccessivamente politica della Corte. Per questo, si avanzarono numerose proposte volte a «limitarne il potere o a definirne più rigorosamente le competenze in ambito giuridico»[127]. Ad esempio, l'on. Monticelli evidenziava la necessità di «evitare la formazione di un'Alta Corte di carattere politico, sia perché i compiti affidati alla Corte Costituzionale sono di carattere prevalentemente giuridico, sia perché le condizioni politiche e sociali dell'attuale vita italiana non tollererebbero mai una tale soluzione»[128]. Dal canto suo, l'on. Bertone, riproponendo le ricorrenti perplessità rispetto al principio della sovranità popolare, ma d'accordo nell'affidare il giudizio di costituzionalità ad un organo tecnico, reputava idonea al compito la Corte di Cassazione (a sezioni unite), che riteneva rappresentasse ancora un vero e proprio «monumento di sapienza giuridica, che in ottanta anni di esperienza in Italia è valso a risolvere tutti i conflitti, a dissipare tutti gli attriti, tutte le frizioni»[129].

L'on. Mastino proponeva di limitare la competenza della Corte nel suo giudizio sulle leggi alla «giuridica costituzionalità», con l'intento di restringerne il sindacato all'interno di un ambito strettamente tecnico[130]. E non così diversa era la proposta di Mortati e Tosato di limitare il giudizio della Corte ai «ricorsi per violazione di legge costituzionale, escluso qualsiasi sindacato di merito contro gli atti legislativi delle Camere, del Governo e delle Regioni». Con la precisazione che: «[u]sando quest'espressione in luogo di quella adoperata nel testo del progetto il quale parla di "costituzionalità delle leggi", si è voluto rifarsi alla classica distinzione fra violazione di legge ed altri vizi degli atti statali, e così precisare che la violazione sindacabile dalla Corte è solo quella che si riferisce a norme precise di legge con esclusione di ogni sindacato di quelle leggi che importino un apprezzamento discrezionale. Per esprimere con maggiore precisione questo concetto abbiamo aggiunto alle parole: "violazione di legge", l'inciso: "escluso qualsiasi sindacato di merito", soddisfacendo così un'esigenza la quale non era soddisfatta con la generica espressione del giudizio di costituzionalità, adoperata dal progetto che si sarebbe potuto interpretare nel senso di comprendere nel giudizio stesso il sindacato materiale anche delle molte norme elastiche sostenute nella Costituzione, sindacato che importa valutazioni discrezionali»[131]. Secondo Mortati, infatti, solo l'esplicita esclusione del *merito* dalla competenza della Corte avrebbe permesso di garanti-

[127] A. Scalone, *Il giudice costituzione fra diritto e politica,* cit., 100.
[128] Assemblea Costituente, *Seduta pomeridiana di martedì 11 novembre 1947*, 1846
[129] Assemblea Costituente, *Seduta antimeridiana di venerdì 28 novembre 1947*, 2607.
[130] *Ibidem.*
[131] *Ivi*, 2621.

re il carattere giurisdizionale dell'organo, evitando di farne un «super Parlamento, vale a dire un organo politico». Così si sarebbero escluse «dal sindacato materiale della legge quelle norme, rispetto a cui il giudizio di costituzionalità non potrebbe compiersi se non ponendo a criterio precetti e norme di convenienza politica, che non è possibile ed è sconveniente far formulare ad organi giurisdizionali»[132]. Emendamento, questo, nel quale è evidente «l'eco dei dibattiti intorno al processo amministrativo» e che conferma come essi abbiano esercitato «un'influenza considerevole sui primi generici tentativi di prefigurare un sistema di controlli sugli atti legislativi, anche se è difficile dire fino a quale punto la trasposizione della tematica relativa alla legalità dell'azione amministrativa fosse sempre dovuta ad una precisa visione delle analogie esistenti, al livello teorico, tra giustizia amministrativa e giustizia costituzionale, anziché ad un'attrazione spontanea verso uno schema logico già predisposto e collaudato nel quale far confluire, a fini meramente classificatori, le diverse posizioni che si andavano delineando in tema di sindacato di legittimità delle leggi»[133].

Invero, la formulazione più esplicita dell'analogia[134] tra giudice costituzionale e giudice amministrativo è data dall'intervento dell'on. Zotta: «il potere giudiziario o giurisdizionale non comprende soltanto la funzione del giudice ordinario, ma anche quella del giudice amministrativo e del giudice costituzionale. […] C'è dunque […] un raffronto, a questo riguardo, che io devo fare tra il giudice amministrativo e il giudice costituzionale. Il giudice costituzionale trova la sua piattaforma nell'esperienza che il giudice amministrativo ha costituito. Noi possiamo aver delineato la giurisprudenza costituzionale di domani, guardando alla giurisprudenza amministrativa di ieri»[135]. Anche per l'on. Dominedò la formula 'legittimità' era in grado disciplinare con precisione la competenza della «Corte, con l'eliminare ogni sindacato di merito non rientrante nel concetto di sindacato di legittimità, formale o sostanziale»[136].

---

[132] *Ibidem*.

[133] C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 30.

[134] «L'effetto dell'analogia con il sistema si giustizia amministrativa consisteva, allora, nel privare di rilevanza costituzionale il controllo di legittimità sostanziale della legge: quando la Corte annulla una legge in contrasto con la Costituzione non v'è da temere che, così facendo, essa strapperà al Parlamento la gestione dell'indirizzo politico, alla stessa stregua per cui non si può dire che il giudice amministrativo si sostituisca all'amministrazione ogniqualvolta cassi un suo atto contrario alla legge» (G. Bisogni, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi*, cit., 204).

[135] Assemblea Costituente, *Seduta pomeridiana di 15 novembre 1947*, *La Costituzione repubblicana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei Deputati, 1971, vol. V, 3915, 3918.

[136] e continua dicendo che «la contrapposizione fra i termini di legittimità e di merito, già profondamente elaborata nell'ambito della giustizia amministrativa, sarà così fecondamente utilizzata nella sfera della futura giustizia legislativa» (sempre *La Costituzione repubblicana nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei Deputati, 1971, vol. V, 4232).

Allora, è evidente che in questi ultimi interventi il rinvio al modello della giustizia amministrativa poteva ritenersi, tutto sommato, "rassicurante"[137]. Infatti, come il potere di annullare un atto amministrativo non aveva certo trasformato il giudice amministrativo in un organo di *amministrazione attiva*, così il potere di annullare un atto legislativo non avrebbe trasformato il giudice costituzionale in un organo di *legislazione attiva*[138]. In altri termini, la fisionomia del giudice amministrativo sembrava rispondere in modo soddisfacente alle esigenze di un controllo a garanzia della Costituzione, al tempo stesso, senza incrinare il principio del primato della legge.

§ I.2.3. – *Quale composizione per la Corte?*

Anche la discussione relativa alla composizione[139] della Corte mostra in modo altrettanto esplicito quanto fosse sentito il problema della essenza giuridica, ma anche potenzialmente politica dell'organo, ed in particolare di come questo carattere (la politicità) risultasse difficilmente tollerabile per la maggior parte dei Costituenti[140].

Proprio l'evoluzione del dibattito dalla sottocommissione alla plenaria sembra possa rappresentare una importante testimonianza di quanto il principio della sovranità popolare (e quindi, indirettamente, della sovranità della legge) costituisse ancora un postulato difficilmente superabile.

---

[137] Sulla carenza di elementi di novità rispetto agli schemi concettuali preesistenti v. Mezzanotte: «Senza voler troppo generalizzare, il modo come veniva pensato il problema della giustiziabilità delle leggi, contiene in effetti ben pochi elementi di originalità: l'affermazione del nuovo principio ordinatore del sistema giuridico, la supremazia costituzionale, lungi dal determinare l'elaborazione di nuovi schemi, non riusciva ad emanciparsi dai vecchi e proiettava al superiore livello della giustizia costituzionale quella stessa serie di opposizioni concettuali che avevano reso *ab origine* antinomico il sistema ottocentesco della giustizia amministrativa: interesse pubblico-interesse privato, tutela delle posizioni sostanziali del cittadino contro l'arbitrio delle maggioranze governanti – tutela obiettiva della legalità, principio di legalità costituzionale – legittima coercibilità della legge ingiusta» (C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 70-71).

[138] Analogamente v. G. Bisogni, *La politicità del giudizio sulle leggi*, cit., 223: «l'analogia tra la giustizia costituzionale e la giustizia amministrativa mantenne intatta sino alla fine la sua forza e giocò tutto il suo peso nel persuadere che nulla di autenticamente eversivo rispetto al passato si stava introducendo e che men che mai questa nuova istituzione avrebbe inciso sul modo di praticare e concepire la Costituzione».

[139] In particolare, tra le varie forze politiche si segnala la premura avuta dalle le sinistre nel cercare di assoggettare la Corte ad un pieno controllo parlamentare, soprattutto attraverso la sua composizione.

[140] Così Pizzorusso «La discussione fra i sostenitori della Corte-organo legislativo ed i sostenitori Corte-organo giurisdizionale si sviluppò lungamente sui temi – certamente tutt'altro che trascurabili – concernenti la composizione della Corte senza annettere però sufficiente importanza al fatto che il carattere giurisdizionale o legislativo della Corte sarebbe derivato principalmente dalla scelta del modo di proposizioni delle questioni, cioè dall'alternativa fra *judicial review* e *Verfassungsgerichtsbarkeit*» (*Commento all'art. 134 Cost.*, cit., 75).

Nella discussione in seno alla Seconda Sottocommissione il carattere politico della Corte sembrava parzialmente accettato, e per questo l'attenzione si era spostata piuttosto sull'alternativa tra fare di questo organo un'emanazione diretta del potere legislativo e temperare tale carattere condizionando o limitando il potere di nomina da parte del Parlamento. Tuttavia, l'Assemblea plenaria si discostò dalla soluzione compromissoria[141] (di carattere intermedio) alla quale si era giunti in sottocommissione[142], optando invece per un modello decisamente giurisdizionale. Tra gli interventi più significativi in grado di illustrare questa "inversione di rotta" si ricorda quello di Capua, secondo il quale la Corte doveva essere un organo totalmente neutro, o meglio, tecnico: «una specie di tempio, nel quale uomini anziani, profondamente saggi, liberi da ogni influenza e da ogni bisogno, avrebbero dovuto, alla maniera delle antiche vestali, essere i custodi del libro della Costituzione». A questo "tempio" si sarebbe potuti accedere soltanto «attraverso una vita di prove, […] lontano dalla politica»[143].

Nel solco, ossia a favore di una Corte interamente *tecnico-giuridica*, anche la posizione dell'on. Bozzi, secondo il quale «la Corte Costituzionale deve essere organo strettamente giurisdizionale, non organo politico; deve compiere un procedimento logico di accertamento: esaminare se la norma corrisponda o no, violi o no la Costituzione è un'opera che deve essere rimandata ai tecnici dell'amministrazione della giustizia»[144].

Un'altra testimonianza del fatto che, rispetto al carattere della Corte, gli equilibri si fossero spostati decisamente verso il profilo giurisdizionale è senz'altro l'intervento dell'on. Ambrosini, nel quale questi afferma che «la Corte costituzionale non deve essere politica, giacché deve giudicare, pronunziare di diritto, vedere cioè se la norma della legge ordinaria corrisponde alla norma costituzionale»[145]. Le sue convinzioni sono così forti che esplicitamente sottolinea la sua intenzione di votare tra gli emendamenti quello che «più riafferma in modo tassativo, il carattere giurisdizionale della Corte costituzionale»[146].

In ultimo, si riporta la posizione di Mortati che, in occasione di due diverse esternazioni, dimostra come oramai si potesse ritenere assodato il carattere essenzialmente giurisdizionale della Corte[147]. Nella pri-

[141] Così definita da A. Pizzorusso, *Commento all'art. 134 Cost.*, cit., 73.
[142] A. Scalone, *Il giudice costituzionale fra diritto e politica*, cit., 109-130.
[143] Assemblea Costituente, *Seduta pomeridiana di venerdì 7 marzo 1947*, 1895.
[144] Assemblea Costituente, *Seduta pomeridiana di giovedì 6 novembre 1947*, 1807.
[145] Assemblea Costituente, *Seduta pomeridiana di venerdì 28 novembre 1947*, 2650.
[146] *Ibidem*.
[147] Dello stesso avviso anche Laconi che sostiene, nella seduta antimeridiana di sabato 29 novembre 1947 (2660), come ormai vi sia stato uno spostamento dall'impostazione originaria della Seconda Sottocommissione che vedeva la Corte come un organo tecnico-poli-

ma, in occasione di una sua risposta a Gullo[148], ricordava come, anche attraverso l'approvazione dell'art. 126, si era oramai posto il principio della natura giurisdizionale[149] della stessa (tanto che proprio questo aspetto lo porterà poi a suggerire di affidarne la nomina dei membri al Presidente della Repubblica «organo neutro, imparziale, sopra le parti […] tutore della Costituzione»[150])[151]. Nella seconda, proponendo di restringere la partecipazione dei cittadini all'attività della Corte al solo caso del giudizio sulla messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica o dei ministri, ribadiva che il Tribunale costituzionale, «nella sua attività ordinaria di sindacato delle leggi, esplica un'attività strettamente giurisdizionale»[152].

§ I.2.4. – *Alcuni rilievi critici*

Questa breve ricognizione del dibattito sulla giustizia costituzionale in sede di Assemblea costituente, benché non possa dirsi certamente esaustiva, tuttavia consente di svolgere qualche prima considerazione su quali fossero le ideologie ricorrenti che portarono alla formulazione degli artt. 134 Cost. e seguenti così come li conosciamo oggi. Infatti, su alcuni primi aspetti sembra si possa concordare senza forzature o anche solo semplificazioni eccessive.

Il primo dato che sembra possa considerarsi pacifico è che un controllo sulla costituzionalità delle leggi era ritenuto una logica conseguenza[153] di una costituzione rigida per quasi tutte le forze politiche.

---

tico a quella di organo giurisdizionale (v. A. Scalone, *Il giudice costituzionale fra diritto e politica*, cit., 126).

[148] Il quale intendeva rimettere in discussione la natura della Corte riaffermandone la politicità.

[149] «Nell'art. 126, quale risulta approvato dall'Assemblea, si è posto un principio fondamentale che deve guidare le ulteriori nostre votazioni, si è stabilito, cioè, che questo organo ha funzioni strettamente giurisdizionali, limitate al controllo della costituzionalità delle leggi, costituzionalità anche materiale, ma non estensibili ad apprezzamenti che implichino l'esercizio di poteri discrezionali (Assemblea Costituente, *Seduta pomeridiana di venerdì 28 novembre 1947*, 2646).

[150] *Ivi*, 2647.

[151] A. Scalone rileva l'assonanza con lo Schmitt di *Der Hüter Der Verfassung* (*Il giudice costituzionale fra diritto e politica*, cit., 125).

[152] Per esteso: «mentre la Corte costituzionale, nella sua attività ordinaria di sindacato delle leggi, esplica un'attività strettamente giurisdizionale e, quindi, deve essere composta in armonia col contenuto di questa funzione, viceversa nel giudizio sull'accusa, essa viene a rivestire un carattere più spiccatamente politico» (Assemblea Costituente, *Seduta antimeridiana di mercoledì 3 dicembre 1947*, 2753).

[153] Tuttavia, «Il rapporto rigidità-sindacato – si osserva – non è di logica consequenzialità, ma di mera complementarietà, l'una e l'altro essendo preordinati alla realizzazione di una medesima finalità che è, appunto, garantire la supremazia della Costituzione», nonostante questo, «discenda o meno la sua istituzione da una necessità connaturata allo stesso carattere rigido della Costituzione, o si ponga, rispetto a quest'ultimo, come garanzia ulteriore e meramente eventuale, la Corte costituzionale, quando esiste, trova sempre la sia ragion d'essere nell'esigenza che i principi della Costituzione, voluti come superiori rispet-

Pochissimi furono gli orientamenti contrari. Infatti, tralasciando qualche voce isolata, soltanto il Partito Socialista e il Partito Comunista si opposero fortemente (e, tutto sommato, compattamente) ad una qualsiasi forma di controllo dell'attività parlamentare. Tuttavia, col progredire dei lavori, si palesò sempre più chiaramente come l'orientamento della maggioranza risultasse impermeabile alle obiezioni delle sinistre, le quali compresero che il modo migliore per perorare la propria causa – ossia per arginare la politicità che ritenevano fosse caratteristica ineliminabile in un controllo che vertesse su atti legislativi – era di spostare il confronto sulla composizione da dare poi alla Corte delle leggi. Il rischio che esse percepivano era che un organo esterno al potere legislativo e non dotato di adeguata legittimazione politica fosse in grado di sovrapporre alle valutazioni discrezionali del Parlamento le proprie, con buona pace del principio della sovranità della legge prima e della sovranità popolare poi.

Un secondo aspetto che l'analisi del dibattito finora svolta ci consente di rilevare è come la stragrande maggioranza dei Costituenti ritenesse la soluzione più appropriata l'istituzione di un'apposita Corte[154]. Poco successo ebbe infatti l'ipotesi di prevedere un sindacato di tipo diffuso, nonostante il modello del *judicial review* statunitense potesse essere considerato un più che valido termine di comparazione[155] (se non altro il "primo"). «[G]li unici[156] ai quali non ripugnava l'istitu-

to ad ogni altra determinazione dell'ordinamento, siano e rimangano effettivamente tali» (C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi,* cit., 195-196).

[154] «che anche nei dibattiti alla Costituente l'istituzione di un organo "specializzato" fosse vista dai più come la via diretta, se non la sola via, per rendere effettivo ed operante il primato delle norme costituzionali è notazione fin troppo ovvia e non abbisogna di essere comprovata. Si può dire di più: non sono infrequenti i casi in cui il tipo di relazione intercorrente tra rigidità costituzionale e sindacato accentrato sulle leggi veniva pensato in termini di pura consequenzialità logica, nel senso che l'una presupponesse e conducesse necessariamente all'altro» (*Ivi*, 194).

[155] A questo proposito, è interessante riportare un rilievo di C. Mezzanotte che sostiene che se il sindacato si considera primariamente uno strumento di tutela dei diritti dei cittadini garantiti in Costituzione dovrebbe essere affidato all'autorità giudiziaria ordinaria alla quale, infatti, spetta la tutela dei cittadini (in quanto farebbe quindi parte di quella tutela, che diventerebbe in tal modo "più piena"). In questo caso il giudice, però, potrebbe soltanto disapplicare la norma ordinaria viziata. Se invece si ritenesse il sindacato quale un sistema di controllo diretto più che altro a limitare il legislatore sarebbe necessario un organo speciale, e oggetto dell'impugnazione sarebbe non tanto l'interesse individuale quanto l'astratta tutela dell'integrità della Costituzione. In quest'ottica, la prima impostazione potrebbe definirsi antropocentrica in quanto metterebbe al centro i diritti individuali del cittadino, la seconda statocentrica, tutta volta alla tutela obiettiva della Costituzione come interesse preminente dello Stato (*ivi*, 24-31). Tuttavia, «[u]na più approfondita analisi delle caratteristiche proprie del c.d. sindacato diffuso avrebbe potuto mostrare che non sarebbe affatto illogica una visione più conciliante di queste presunte alternative; una visione ove la legalità costituzionale e diritti di libertà, anziché porsi come entità confliggenti e reciprocamente escludentisi, si mostrano per quello che effettivamente sono: due aspetti dello stesso fenomeno solo concettualmente divisibile in momenti distinti» (*ivi*, 79-80).

[156] V. sul tema anche V. ONIDA, *Le radici della giustizia costituzionale*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni magistrali di Diritto Costituzionale*, II, Modena, Mucchi, 2012, 184: «vi fu chi – l'on. Luigi Einaudi – propose proprio la soluzione americana. Ammessa, come era ammes-

zione di un sindacato diffuso erano gli uomini della "vecchia guardia" – quei rappresentati di un'Italia liberale e risorgimentale che gli altri Costituenti, o almeno la maggioranza di essi, a torto o a ragione, pensavano fosse ormai giunto il tempo di seppellire definitivamente»[157]. La maggior parte dei Costituenti guardavano al modello americano quasi più come ad un riferimento negativo, un esempio da non seguire nella progettazione del nuovo controllo di costituzionalità. «Il rilievo, d'ordine tecnico, che più frequentemente veniva indirizzato contro il sistema americano era infatti che, riconoscendosi al giudice di qualunque grado la potestà di negare applicazione alle leggi incostituzionali, dovendosi attribuire alle decisioni di costoro rese gli effetti tipici degli atti giurisdizionali (efficacia subiettivamente limitata alle parti del giudizio), la norma dichiarata incostituzionale non sarebbe stata espunta dall'ordinamento, ma ogni giudice sarebbe stato "libero", di considerarla valida e vigente, applicandola in un successivo giudizio[158]. E l'inevitabile pluralità di opinioni, sulla costituzionalità, e quindi sulla vigenza, di date leggi, avrebbe generato frequenti oscillazioni di giurisprudenza e insanabili contrasti di giudicati»[159]. In realtà, «se si vuol tentare una ricostruzione il più possibile completa delle ragioni che condussero alla soluzione-Corte, si deve seriamente valutare l'ipotesi che i Costituenti, cui certamente non era ignoto il quadro della società italiana di quegli anni, avessero anche ben presente quale complesso di condizionamenti storici e culturali sarebbe venuto ad incidere sull'atteggiamento della magistratura di fronte al nuovo ordine di valori, ed avessero perciò intravisto, con sufficiente approssimazione, i gravi insuccessi ai quali sarebbe andato incontro un sistema di sindacato diffuso. […] L'acquisizione di una nuova coscienza costituzionale da parte degli operatori del diritto, e dei giudici in specie, non sarebbe stata questione di un sol giorno»[160].

---

sa da tutti, la superiorità della Costituzione rispetto alla legge, sarebbe spettato ai giudici far valere in concreto tale superiorità rifiutando applicazione alle leggi incostituzionali. Ma da noi – come negli altri paesi europei – la tradizione e la cultura dominante sul potere giudiziario non erano pronte a riconoscere a qualunque giudice questo "potere": di qui l'introduzione di un apposito organo».

[157] C. Mezzanotte, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 133.

[158] Nelle parole di Mezzanotte: il timore era «che il testo costituzionale, sotto la spinta di forze centrifughe, si frantumasse, nella concreta esperienza del giudizio, in un agglomerato di indirizzi giurisprudenziali incoerenti e contradditori». Apparivano, infatti, del tutto «effimere ed aleatorie le generiche garanzie di uniforme interpretazione ed applicazione del diritto che era in grado di offrire una semplice visione verticistica del potere giudiziario, quale era quella che già in parte scaturiva dalla normativa tutt'ora in vigore. Entrava in campo, insomma, sotto un certo profilo rafforzata, la fondamentale esigenza di certezza del diritto, che rappresentava la vera costante nel sistema dei valori al quale si ispirava l'opera del Costituente. La Corte di Cassazione, com'era attualmente strutturata, non bastava: occorreva qualcosa di più» (*Ivi*, 102-104).

[159] *Ivi*, 101.

[160] *Ivi*, 207-208.

L'ultimo dato che pare potersi ricavare dall'analisi svolta sin ora è il sospetto con il quale era guardata la possibile politicità dell'attività di una Corte costituzionale. Infatti, il primato della legge era ritenuto un principio cardine anche nel nuovo ordinamento che si andava delineando e nel disegno originario dei Costituenti, la centralità assegnata al Parlamento ed alla legge era naturalmente connessa al principio rappresentativo, in virtù del quale «le due Camere sono, tra gli organi costituzionali dello Stato, quelli più strettamente collegati col popolo e quelli in cui la volontà popolare più immediatamente ed efficacemente si esprime»[161], «con la conseguenza che il piano della forma di governo si salda qui con quello della forma di Stato, e cioè dell'assetto dei rapporti tra Stato e cittadini»[162].

Per tentare di trovare una sintesi tra queste opposte tensioni furono ipotizzate diverse soluzioni che, tuttavia, nonostante la loro eterogeneità, potevano ricondursi a due indirizzi predominanti. Da una parte, c'era chi tentava di "depurare" il più possibile il giudizio di costituzionalità da scelte politiche o discrezionali della Corte principalmente con la giuridicizzazione del processo costituzionale. Dall'altra c'era chi, invece, ritenendo tale politicità intrinseca ed ineliminabile, auspicava un più forte controllo parlamentare sull'organo, con l'obiettivo di intensificare il più possibile la legittimazione popolare.

Abbiamo visto come, tra i due orientamenti, fu fondamentalmente il primo a imporsi[163]: sia i compiti che la composizione della Corte, così come delineati nelle ultime elaborazioni dell'Assemblea, indicavano la prevalenza dei profili di giurisdizione (non soltanto formale, ma anche) sostanziale[164]. Più nello specifico, si è sottolineato come la teo-

[161] M. Mazziotti di Celso, *(voce) Parlamento. II – Diritto costituzionale. a) Principi generali e funzioni*, in *Enc. dir*., XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, 760.

[162] L. Vespignani, *Corte costituzionale:* poulitique ou politicienne?, cit., 126.

[163] Così A. Pizzorusso, *Commento all'art. 134 Cost.*, cit., 89: «i caratteri giurisdizionali appaiono ormai chiaramente prevalenti, nel processo incidentale per i suoi stretti vincoli con il giudizio *a quo* e con gli altri giudizi in cui l'eventuale sentenza di accoglimento della Corte troverà applicazione, nel giudizio principale e nei conflitti per la loro struttura di processi di parti, condizionati alla presenza di un interesse a ricorrere, che la giurisprudenza ha voluto attribuire ad essi».

[164] «[P]er quella esigenza unanimemente avvertita di irrigidire la Costituzione (sul cui principio di superiorità concordarono tutte le correnti politiche presenti nella Costituente) di fronte ad eventuali abusi da parte del potere legislativo e, al tempo stesso, di garantire la piena giuridicità del controllo di costituzionalità onde evitare che ne potesse scaturire una decisionalità politico-costituzionale di usurpazione delle funzioni proprie del Parlamento, organo espressivo al massimo livello della volontà democratica, ove esercitano la funzione di mediazione i nuovi attori della scena politica, cioè i partiti di massa. È in quest'ordine di idee che, nonostante anche dichiarate contrarietà e perplessità, fu poi generalmente accettato il modello giurisdizionale di un controllo di costituzionalità accentrato, attribuito ad un "giudice", indipendente ed imparziale, compendiandone la configurazione nella previsione dell'art. 134 Cost. e ss., nonché della legge costituzionale n. 1 del 1948.» (M. Raveraira, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, n. 11/2018, 127). Dello stesso avviso F. Pierandrei, *Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale (natura, efficacia, esecuzione),* in *Riv. it. scienze giu*., 1954, 101; A.M.

rizzazione del processo costituzionale iniziò a prendere forma sul modello del processo amministrativo, anche se, come vedremo, non tardarono a evidenziarsi notevoli differenze nel suo sviluppo. Per quel che concerne questa prima sintesi, però, è bene ricordare come sin dal dibattito in Assemblea i riferimenti alla "giustizia costituzionale" fossero già impostati in tale direzione[165]. Difatti, l'evocazione di concetti come 'merito' e 'legittimità' mostrava il debito teorico della dottrina costituzionalistica nei confronti di quella amministrativistica.

Se queste prime considerazioni possono considerarsi quantomeno plausibili, è allora possibile procedere oltre nell'analisi, e passare quindi dalla mera ricognizione dei lavori preparatori della Costituente al vero e proprio dato normativo concepito in tale sede.

Pertanto, quanto si tenterà di fare nei prossimi paragrafi sarà di analizzare gli articoli della Costituzione che si occupano direttamente del processo costituzionale, e nello specifico l'art. 134 Cost.; in parallelo, si esaminerà pure l'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87, apparentemente complementare ad esso. Infatti, tali previsioni sembrano tracciare una linea di demarcazione fra il sindacabile e il non sindacabile in sede di controllo di costituzionalità e, al tempo stesso, dare conto del problema relativo alla discrezionalità del legislatore.

§ I.3. – *'Legittimità' e 'merito' nel diritto positivo: l'art. 134 Cost. e l'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87*

Come precisato, il lavoro procederà con l'analisi di alcune norme ritenute particolarmente rilevanti al fine di approfondire poi il tema della 'discrezionalità del legislatore' e di come questa sia stata talvolta "interpretata" dalla Corte costituzionale come vero e proprio limite alla propria attività. Infatti, il fine, dichiarato fin dalle prime pagi-

---

SANDULLI, *Natura, funzioni ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 23; M. CAPPELLETTI, *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, in *Riv. dir. processuale*, 1960, 376 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976, 1334; A. PIZZORUSSO, *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 1980, V, 117 ss.

[165] «Come per la giustizia amministrativa, gli opposti da conciliare erano la superiorità della legge e l'autoritarietà dell'atto amministrativo, e la legalità in senso "oggettivo" era il momento della loro mediazione, così ora, per la giustizia costituzionale, si trattava di comporre in una qualche unità concettuale, nozioni che si rimandavano a differenti esperienze giuridiche: la dottrina della supremazia costituzionale, che era il prodotto, sul piano della teoria delle fonti, del nuovo tipo di Stato sociale, e quella della forza di legge, nella quale s'erano espresse, in altra epoca e in un differente contesto storico, le istanze fondamentali dello Stato di diritto. Ma gli inconvenienti teorici che quella analoga operazione aveva provocato in relazione alla giustizia amministrativa erano anch'essi destinati a riprodursi puntualmente. L'abbinamento supremazia costituzionale-forza di legge era insuscettibile di generare una vera sintesi, e l'unione dei due concetti non poteva non presentare carattere di instabilità, continuando ciascuno di essi a conservare una sua specifica (ed autonoma) identità» (C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, cit., 89-91).

ne, è quello di verificare se in questi casi effettivamente di *self restraint* si possa parlare e, nella misura in cui ciò sia almeno plausibile, di individuarne i contorni e le eventuali modalità con le quali esso si esplicherebbe. Per fare questo, ci si aiuterà pure con l'analisi di un altro fenomeno che, almeno in apparenza, parrebbe presentare diversi profili di somiglianza con il limite della discrezionalità del legislatore e, proprio per questo, astrattamente potrebbe fornire una chiave di lettura ulteriore al fenomeno che qui si approfondisce. Il riferimento è alle dottrine della c.d. *political question* secondo le quali, con una estrema semplificazione, la Corte Suprema seleziona i casi da sottoporre al proprio giudizio, estromettendo tutte quelle questioni che non ritiene giustiziabili in quanto di competenza di un altro *potere*. Naturalmente anche quest'ultimo riferimento non potrà che essere parziale, e necessariamente richiederebbe approfondimenti che qui non è possibile svolgere. Tuttavia, non per questo non si potranno evidenziare quegli elementi essenziali che, alcuni rispetto ad altri, sembrerebbero richiamare gli stessi impianti argomentativi utilizzati dalla Corte costituzionale quando evoca la discrezionalità del legislatore.

Sul tema, com'è naturale, torneremo più avanti (spec. Cap. III), tuttavia, queste prime anticipazioni si ritengono indispensabili per far comprendere il motivo per cui si procede ora ad una sommaria ricostruzione del dettato normativo che direttamente o indirettamente tratta quei confini della discrezionalità del legislatore che ci saranno poi utili per un commento ragionato della giurisprudenza, ed il perché ci si soffermerà su alcune norme piuttosto che su altre. Si tenga presente, infatti, che lo scopo di queste prime pagine è di fornire uno "strumentario" minimo eppure indispensabile per comprendere se e, eventualmente, in che modo in determinate aree o materie questo confine possa subire degli "spostamenti".

Il primo articolo di cui è necessaria la trattazione è senz'altro l'art. 134 Cost. il quale prevede che la Corte costituzionale abbia il compito di giudicare: «sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione». Alla luce della delimitazione del perimetro dell'indagine, di cui si è già detto, non ci si soffermerà su tutte le funzioni della Corte, bensì soltanto sul suo compito di giudicare sulle controversie relative alla «legittimità delle leggi». Si restringerà poi il campo ai soli giudizi in via incidentale[166], an-

[166] Il sindacato incidentale (disciplinato dalle leggi costituzionali 1948, n. 1 e 1953, n. 1 e dalla legge 87/1953) trae origine da un qualunque processo e viene provocato dal giudice *a quo*, qualora questo riscontri la «rilevanza della questione» e la sua «non manifesta infondatezza». Il requisito della 'rilevanza' attua il collegamento logico tra il giudizio costituzio-

che alla luce della giurisprudenza che verrà analizzata nel prosieguo. Difatti, come anticipato, inquadrare la problematica della 'discrezionalità del legislatore' si è scelto di escludere i conflitti di attribuzione, i giudizi sull'ammissibilità dei referendum abrogativi[167] ed i giudizi sulla legittimità in via principale al fine di individuare dati il più possibile omogenei, condizione essenziale per poter svolgere le considerazioni che ci si propone.

In verità, infatti, la questione centrale per la nostra analisi riguarda sostanzialmente i vizi della legge o degli atti aventi forza di legge sindacabili dalla Corte. In altri termini, l'identificazione dei limiti della giustiziabilità degli atti normativi così come positivizzati in Assemblea. A questo proposito, è bene notare come l'art. 134 Cost. faccia espresso riferimento alla 'legittimità costituzionale', cosa che permette di affermare che, in questo modo «i costituenti intendevano palesemente escludere ogni interferenza del sindacato di costituzionalità sul merito (cioè sul contenuto politico) della legge e sull'uso del potere discrezionale del legislatore[168]».

Proprio il riferimento alla 'legittimità' evidenzia il debito teorico nei confronti del modello amministrativistico «dove la legittimità viene intesa nel senso di conformità degli atti della pubblica amministrazione ad un dato normativo preesistente e la sua violazione dà luogo ai tre vizi di incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge previsti dall'art. 26 del T.U. sul Consiglio di Stato, al cui accertamento è tuttora ordinata la giurisdizione generale del giudice amministrativo. In questi termini, tale concetto viene distinto da quello di merito, che attiene viceversa alla dimensione dell'opportunità e sul quale il sindacato giurisdizionale è circoscritto ai casi tassativamente indicati dalla legge»[169].

'Legittimità costituzionale' significa dunque conformità della legge all'atto normativo costituzionale, «al modello astratto configurato dalla norma costituzionale, senza riferimento alla concreta "situazione di vita" sottostante. 'Conformità', dal canto suo, indica etimologicamente un'identità geometrica di forme, rispetto alla quale il contenuto di esse – il merito, appunto – resta estraneo. È, a questi fini, la medesima accezione con cui si discorre in termini di 'giurisdizione di legittimità' con riferimento alla giurisdizione amministrativa o a quella del-

nale e il giudizio *a quo*, in quanto soltanto nel caso in cui la norma di cui si dubita la compatibilità a Costituzione sia indispensabile per il giudizio allora potrà sollevarsi la questione. Il requisito della 'non manifesta infondatezza' realizza poi una sorta di filtro per l'accesso alla Corte, precludendo alle questioni che risultino *prima facie* infondate di essere poste all'attenzione del Giudice delle leggi.

[167] Disciplinati dalla l. cost. n. 1/1953; e dalla legge 25 maggio 1970, n. 352.

[168] E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, cit., 20; cfr. anche C. Tripodina, *Il "potere politico" della Corte costituzionale e i suoi limit*i, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther, *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino, Giappichelli, 2011, 19 ss.

[169] L. Vespignani, *Corte costituzionale:* poulitique ou politicienne?, cit., 121.

la Corte di cassazione, in quanto custode della "esatta osservanza della legge" e della sua "uniforme interpretazione"»[170].

In altri termini, il controllo di costituzionalità delle leggi, «dal punto di vista sostanziale, si presenta come un controllo di legittimità, fondamentalmente destinato di assicurare il rispetto del principio di gerarchia delle fonti nei rapporti fra fonti costituzionali e fonti primarie»[171].

Una simile impostazione sembrerebbe poi trovare conferma nel fatto che, prima della riforma del Titolo V, era previsto che il Parlamento potesse giudicare le leggi regionali sotto il profilo del *merito,* in «caso di contrasto con gli interessi delle Camere» (art. 127, comma 4, Cost.), mentre le questioni di legittimità rimanevano di competenza della Corte. Anche questo ulteriore elemento sembrerebbe, pertanto, escludere in via di principio il sindacato di merito tra le spettanze della Corte costituzionale[172].

Quanto detto sembra trovare riprova nell'art. 28 della legge 11 marzo 1953, n. 87 che, in virtù del richiamo dell'art. 137 Cost., contribuisce a determinare i poteri di controllo della costituzionalità degli atti attribuiti alla Corte costituzionale. Segnatamente, prevede espressamente che «Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Varie sono state le discussioni che lo hanno visto protagonista, dalla sua "posizione" all'interno della gerarchia delle fonti[173], alla sua validità. Questo articolo è stato infatti sottoposto a critiche mol-

[170] A. Vignudelli, *Il fantasma della legalità. Fatti e misfatti della Corte costituzionale tra legge e Costituzione*, in *Lo Stato*, n. 7/2016, 96-97.

[171] A. Pizzorusso, *Commento all'art. 134*, cit., 93.

[172] Cfr. L. Paladin, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 1037, dove si rileva che il controllo di merito della Corte risulta escluso dalla lettera della Costituzione «in primo luogo, con il riferimento dell'art. 134 alla "legittimità costituzionale delle leggi"; secondariamente, ma in modo da togliere ogni possibile dubbio, con quell'ultimo comma dell'art. 127, che crea competenze distinte in tema di sindacato sulle leggi regionali ed attribuisce alla Corte le questioni di legittimità, lasciando alle Camere le questioni di merito per contrasto di interessi»; ma cfr. anche L. Vespignani, *Corte costituzionale:* poulitique ou politicienne?, cit., 121; A. Pizzorusso, *Commento all'art. 134*, cit., 100; *Commento all'art. 134 Cost.*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di) *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, 1156.

[173] Taluni infatti ritengono che tale norma sia stata costituzionalizzata (v. ad esempio F. Modugno, *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30 l. 11 marzo 1953 n. 87?*, in *Giur. cost.*, 1966, 1725), altri che abbia comunque una capacità di resistenza all'abrogazione superiore rispetto alla legge ordinaria (v. ad esempio S.P. Panunzio, *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1970, 189 ss.; V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, 234; P.G. Grasso, *Prime osservazioni sulla potestà regolamentare della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 953), altri la ritengono sottratta al controllo di costituzionalità (v. ad esempio G. Abbamonte, *Il processo costituzionale italiano*, I, Napoli, Jovene, 1957, 14-15).

to penetranti: c'è chi lo ha definito 'ingenuo'[174], 'infelice'[175], 'superfluo ed impreciso'[176], 'tutt'altro che perspicuo'[177], 'equivoco e contraddittorio'[178], infine persino 'inopportuno e incostituzionale'[179].

Per poter verificare se siano condivisibili o meno tali rilievi è bene partire da una prima osservazione sulla struttura della disposizione. Valorizzando la presenza della congiunzione 'e', infatti, è possibili individuare due norme distinte che, seppur necessariamente coordinate, mantengono margini di autonomia l'una dall'altra[180]. La prima esclude ogni valutazione di natura politica, la seconda ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento.

Il primo divieto sembra sostanzialmente ribadire quanto già risultava dall'art. 134 Cost.[181], ossia che si tratterebbe di un controllo giurisdizionale e non tanto politico e che dovrebbe riguardare la sola legittimità e non il merito. «La limitazione in esame rappresenta infatti un corollario della concezione della Corte costituzionale come organo fondamentalmente giurisdizionale […] e dalla quale deriva che essa abbia come suo compito essenziale quello di accertare l'osservanza dei principi costituzionali nell'ambito delle attività normative primarie e non anche quello di sostituirsi agli organi competenti allo svolgimento di tali attività»[182].

Il secondo divieto, che è quello cui si riferiscono la maggior parte delle censure sopra ricordate, origina da una particolare lettura dell'art. 28 fatta da Giuseppe Guarino[183], «il quale intese l'aggettivo "discrezi-

[174] P. Calamandrei, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/1956, 7 ss.; spec. 51 dove richiama N. Occhiocupo, *La Corte costituzionale come giudice di "opportunità" delle leggi*, in Idem (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, il Mulino, 1978, 56-57.

[175] F. Pierandrei, *(voce) Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, 906.

[176] M.S. Giannini, *L'illegittimità degli atti amministrativi e delle norme*, in *Riv. it. giur.*, 1954, 61.

[177] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, 358.

[178] C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968, 224.

[179] G. Guarino, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 381-382 nt. 3.

[180] In questi termini v. A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 798.

[181] *Ibidem*.

[182] A. Pizzorusso, *Commento all'art. 134*, cit., 100.

[183] G. Guarino, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime,* cit., 381-382 nt. 3 «La formula dell'articolo è criticabile perché fa ritenere: 1) che le leggi sono atti discrezionali e quindi sono vincolate nel fine e 2) che, malgrado ciò, la Corte non può esercitare nei loro confronti il sindacato sull'eccesso di potere.

Circa il primo punto si osserva che una legge ordinaria è incompetente a stabilire se le leggi sono atti politici o discrezionali, la natura delle leggi dipendendo esclusivamente dalle norme costituzionali ad esse relative. Se queste norme si dirigono al fine, vincolandolo, le leggi sono atti discrezionali; se esse non si dirigono al fine, le leggi sono atti politici. Con la conseguenza che se dall'interpretazione risultasse che le norme costituzionali vincolano il fine non si potrebbe disporre con legge ordinaria che esse si dirigono invece al contenuto.

Quanto al secondo punto, se si dovesse aderire alla soluzione fatta propria dal legislatore e cioè che le leggi sono atti discrezionali, si dovrebbe ritenere che è incostituzionale la norma nella misura in cui esclude il potere della Corte di sindacarne l'eccesso d pote-

onale" in essa contenuto nel primo dei significati sopra individuati, cioè nel senso che questo termine normalmente assume nell'ambito del diritto amministrativo, per dedurne che esso viene a determinare un'indebita restrizione del sindacato della Corte costituzionale rispetto a quello che esso invece risulta essere in base alla regola contenuta nell'art. 134 Cost. In particolare, mentre quest'ultimo parla di controllo di legittimità, potenzialmente comprensivo di qualunque vizio della legge, l'art. 28, escludendo "ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento", sembra voler inibire il controllo dell'eccesso di potere, che costituisce invece uno dei possibili vizi di legittimità»[184]. Non si vuole peraltro approfondire questa ultima problematica[185], ossia la possibilità di configurare la figura dell'eccesso di potere anche rispetto all'attività parlamentare, tuttavia «l'accostamento tra l'esclusione di apprezzamenti politicamente connotati e quella di qualsiasi ingerenza nell'autonomia di giudizio parlamentare induce a ritenere che qui il concetto di discrezionalità non sia utilizzato nella sua accezione amministrativistica, vale a dire come riferito ad una funzione esecutiva di scopi *aliunde* determinati (dalla legge ordinaria), bensì per

re. L'eccesso di potere è il vizio che si produce per l'inosservanza nell'atto del fine cui esso era vincolato, è vizio, come ora da tutti si riconosce, non di merito ma di legittimità. L'esclusione del sindacato sull'eccesso di potere nelle leggi, nell'ipotesi in cui le leggi risultassero affette da detto vizio, si risolverebbe pertanto in una violazione del principio della illimitatezza del sindacato giurisdizionale sulla legittimità, nonché in una violazione diretta dell'art. 134 cost. che sancisce il sindacato della Corte sulla legittimità delle leggi senza alcuna limitazione.

L'art. 28 del progetto sembra perciò inopportuno e incostituzionale. Inopportuno perché prende con legge ordinaria posizione sull'interpretazione di norme costituzionali e si espone al pericolo di dover essere giudicato incostituzionale qualora risulti esatta una interpretazione diversa da quella da esso accolta.

È intrinsecamente incostituzionale perché, pur partendo dalla premessa che le leggi possono essere viziate da eccesso di potere, mira ad escludere il potere della Corte di indagare su questo vizio mentre per le norme costituzionali la Corte è competente a sindacare non solo alcuni, ma tutti i vizi di legittimità delle leggi.

Esula dall'ambito del presente lavoro dimostrare se le leggi sono nel nostro ordinamento atti politici o discrezionali e ci si è limitati perciò ad indicare come, alla stregua dei princìpi esposti nel testo, sembra che il problema debba essere rettamente impostato. Si riconferma tuttavia la conclusione che solo in un caso la Corte potrebbe trovarsi nell'impossibilità di sindacare l'eccesso di potere nelle leggi, se cioè dall'interpretazione risultasse che non vi sono norme costituzionali che vincolano il fine delle leggi, che le leggi sono atti politici e quindi non possono in fatto essere viziate da eccesso di potere».

[184] A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 1986, 799.

[185] Per l'approfondimento del tema si rinvia a L. Vespignani, *Ragionevolezza dell'eccesso oppure eccesso di ragionevolezza? Alcune note sull'evoluzione dell'eccesso di potere legislativo nella giurisprudenza costituzionale,* in *Lo Stato*, n. 3/2014, 251-266; G. Scaccia, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 3/1999, 387-421; G. Azzariti, *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio logico intrinseco della legge*, in *Giur. Cost.*, n. 3/1989, 653-665; C. Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*, in Idem, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954; C. Mortati, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.,* 1949, 457 ss.; L. Paladin, *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 310 ss.; A. Lener, *L'eccesso di potere legislativo e la Corte costituzionale oggi,* in *Foro it.*, 1982, 2693-2695; A. Celotto, *Corte Costituzionale ed eccesso di potere legislativo*, in *Giur. cost.*, n. 5/1995, 3724-3735.

indicare un'attività libera nella scelta dei propri fini (laddove si operi in uno spazio costituzionalmente "vuoto") ovvero nella decisione sul modo in cui realizzare gli obiettivi indicati dalle norme costituzionali programmatiche»[186].

In quest'ottica, l'art. 28 sembra possa considerarsi un completamento di quanto disposto dall'art. 134 Cost. laddove ribadisce l'obbligo per la Corte di non sovrapporre le proprie valutazioni discrezionali d'opportunità a quelle precedentemente già effettuate dal Legislatore, e di limitarsi piuttosto ad un controllo di legittimità giuridica e non politica[187].

È da aggiungersi, poi, che soltanto in questo modo potrebbe dirsi rispettata la (tendenziale) tripartizione dei poteri secondo la quale la funzione legislativa spetta al Parlamento (artt. 70 e 138 Cost.) e, per così dire, "eccezionalmente" alle regioni (art. 117 Cost.) e al Governo (artt. 76 e 77 Cost.)[188]. La Costituzione, infatti, se da un lato certamente pone (almeno) dei limiti "negativi" che il legislatore non può certamente superare, dall'altra, in alcuni ambiti richiede l'intervento del legislatore per la sua attuazione[189]. Tuttavia, anche ammettendo ciò, questo non implica in automatico che il procedimento di attuazione possa o debba esser fatto dalla Corte[190]. Questa, piuttosto, deve limitarsi a verificare i casi di violazione evidente di tale mandato, senza preferire una concretizzazione della Costituzione ad un'altra[191]. La formulazione di alcune norme costituzionali in termini "generici" o per "principi" dovrebbe consentire al legislatore di operare entro limiti di discrezionalità ampi, potendo concretizzare tali precetti in molti modi diversi e costituzionalmente equivalenti[192]. Infatti, nella misura

[186] L. Vespignani, *Corte costituzionale:* poulitique ou politicienne?, cit., 124.

[187] Così A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011, 1025.

[188] In questi termini v. anche L. Vespignani, *Corte costituzionale:* poulitique ou politicienne?, cit., 125.

[189] I principi hanno «necessariamente bisogno, per la loro stessa natura, di una ulteriore normazione, che li traduca in una disciplina diretta e operante delle materie rispettive, e sono, anzi, immediatamente rivolti proprio (e soltanto) a questo fine: di provocare una attività legislativa che venga a disciplinare quella o questa materia in senso conforme a quanto da essi disposto in linea generale» (V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 45).

[190] «[I]n regime di Costituzione rigida le dichiarazioni di principio e le clausole generali contenute nella costituzione trovano normalmente integrazione da parte delle norme legislative (o di altre fonti), per cui il ricorso ad esse non dà necessariamente luogo alla creazione di un potere normativo del giudice» (A. Pizzorusso, *L'interpretazione della Costituzione e l'attuazione di essa attraverso la prassi*, cit., 9.

[191] Questo almeno si evince dall'analisi svolta sul dato normativo relativo al controllo di legittimità costituzionale in via incidentale.

[192] È infatti segnalata da parte della dottrina una stringenza applicativa minore dei principi (v. almeno R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1986, 516; E.W. Böckenforde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, 2091 ss.; L. Gianformaggio, *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, 65-103, 71; L. Mengoni, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in Idem, *Ermeneutica e*

in cui il Costituente non ha precisamente disciplinato, ma si è volutamente mantenuto generico, ha implicitamente ammesso l'equivalenza costituzionale di molteplici modalità attuative, la cui scelta politica deve intendersi come consapevolmente affidata proprio al legislatore (ordinario) e alla sua discrezionalità.

Le c.d. norme "di principio" sono infatti spesso contraddistinte dalla *genericità*, intesa come strutturale idoneità a consentire modalità di attuazione tra loro differenti e egualmente compatibili rispetto al principio, e questo difficilmente consente di poterne trarre delle conseguenze normative specifiche in positivo. «La concretizzazione di un enunciato generico, infatti, per sua natura non è un'attività *logica* – ed anzi dal punto di vista tecnico la derivazione di un enunciato specifico (fai *da mangiare*) da un enunciato generico (fai *qualcosa*) è sempre logicamente fallace – bensì *politica*, e non a caso proprio per questo costituzionalmente riservata al Legislatore e non alla Corte costituzionale. La concretizzazione degli enunciati costituzionali generici, come sono quelli "programmatici" o "di principio", costituisce infatti non più attività *interpretativa*[193], ma *integrativa* e/o *attuativa* della Costituzione, da quest'ultima inibita alla Corte sul piano costituzionale in virtù dell'art. 138»[194].

---

dogmatica giuridica, Milano, Giuffrè, 1996, 129; G. Zagrebelsky, *I diritti fondamentali*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1982, 198; Idem, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 150) che quindi richiederebbero l'intermediazione del legislatore ordinario (A. D'Atena, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, n. 5/1997, 3067: «la differenza che tali principi presentano rispetto alle comuni norme è di ordine eminentemente quantitativo. Si tratta infatti: a) di presunzioni a spettro molto ampio (strutturalmente corrispondenti ai principi non scritti, che talvolta canonizzano); b) di *prescrizioni suscettibili di specificazioni normative*» (corsivi miei).

[193] Il termine 'interpretazione' merita senz'altro una precisazione, dal momento in cui ha sempre avuto molteplici (e diversi) usi, sia nel linguaggio comune che nel linguaggio tecnicizzato.

L'attività interpretativa, nell'ambito del diritto, deve essere intesa almeno come l'interpretazione di quei «documenti che del diritto costituiscono fonti di cognizione» (G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 7), ovvero i testi che incorporano gli atti normativi. L'oggetto cui si deve attribuire significato è quindi il documento normativo (o i documenti normativi), che è (sono) costituito (costituiti) da messaggi scritti, da "frammenti di linguaggio", per utilizzare un'espressione di Guastini (*L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2010, 4). In altri termini si considera qui l''interpretazione' come attività puramente conoscitiva: come la ricognizione dei significati (pre-esistenti) espressi dai testi normativi, attuabile da tutti i soggetti cui il messaggio legislativo sia destinato. Questa interpretazione-accertamento si limita quindi a *descrivere* in quale modo (o quali modi) una certa espressione usata dal legislatore possa essere intesa. In questa impostazione, pertanto, l'attività interpretativa si ritiene distinguibile da altre *diverse* attività come l'applicazione o l'integrazione del diritto, che anzi sembrerebbero logicamente successive, rappresentando viceversa un *posterius* dell'interpretazione stessa. Sul tema dell'interpretazione, che qui non si può toccare nemmeno incidentalmente, si rimanda soprattutto per la ricchezza dei riferimenti bibliografici a A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione*, cit.; Idem, *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, vol.1-2, a cura di F. Pedrini e L. Vespignani, Modena, Mucchi, 2019; e al recente G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Torino, Giappichelli, 2021.

[194] A. Vignudelli, *Il fantasma della legalità*, cit., 124, corsivi nel testo (l'A. in questo passaggio fa' esplicito riferimento alle c.d. sentenze "paralegisaltive" ed in particolare anche a quegli interventi additivi della Corte secondo "rime obbligate").

Di nuovo, alla maggiore genericità della norma costituzionale sembrerebbe corrispondere una maggior *discrezionalità* non tanto della Corte costituzionale, come spesso si opina, bensì proprio del legislatore[195].

In questi casi, quindi, soltanto il legislatore avrebbe il potere e assieme il compito di attuare i fini costituzionalmente posti, senza che ad esso, in caso di inerzia[196], possa sostituirsi alcun altro organo, quale sarebbe, appunto, la Corte costituzionale. Non sembra infatti possibile prevedere sanzioni per l'inerzia così come invece accade in presenza di violazioni "attive" della Carta[197]. Soltanto in ipotesi del genere, infatti, il Giudice delle leggi può, anzi deve, intervenire (seppur nel rispetto delle modalità normativamente imposte). Avvalora queste prime considerazioni il rilievo che il Tribunale delle leggi altro non è

[195] Con questo non si vuole certamente negare però la natura normativa dei *principi*, piuttosto: «La differenza dei principî generali dalle altre norme, alla quale significativamente allude, del resto, la stessa espressione usata per designarli, non può, dunque, essere che differenza, per così dire, di specie, non tale da farne disconoscere la comune natura normativa» (V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto dei principî generali del diritto*, ripubblicato recentemente in *Lo Stato,* n. 14/2020, 185, con introduzione di G. Pino, il quale rileva che «la distinzione tra principi e altre norme è solo graduale e relativa (il che conferma ancora una volta la tesi della omogeneità ontologica di principi e norme), da due punti di vista: per un verso, la maggiore generalità/indeterminatezza rispetto alle altre norme è, ovviamente, una questione di grado; per altro verso, in molti casi una certa norma può essere considerata un principio nei confronti di altre norme che da essa derivano, mentre essa stessa può essere considerata a sua volta una norma "particolare", ove sia anch'essa derivata da un'altra norma (*Vezio Crisafulli sui principi di diritto. Prima e dopo*, *ivi*, 177)). E ancora Crisafulli: «una Costituzione, come qualsiasi altra legge, è anzitutto e sempre un atto normativo e che perciò le sue disposizioni debbono essere intese di regola (e salvo rarissime eccezioni eventuali, nei casi in cui non sia onestamente possibile fare altrimenti) come disposizioni normative: enunciati, dunque, vere e proprie norme giuridiche, siano poi queste da annoverarsi tra le norme organizzative o tra le norme di scopo ovvero tra quelle disciplinanti rapporti tra soggetti esterni alla persona statale e via dicendo» (*La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 11). Inoltre, «non può più parlarsi nel diritto vigente, di efficacia programmatica (o direttiva) in contrapposizione a efficacia propriamente obbligatoria, perché ogni norma costituzionale, compresa la stessa potestà legislativa» (*ivi*, 19).

Pur non disconoscendo la natura normativa e obbligatoria dei principi dubita della giusitiziabilità degli stessi: A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione*, cit., spec. 1228-1229 («*altro* parrebbe la pari *obbligatorietà* [di tutte le norme: principi e non], *altro* la pari *giustiziabilità* da parte di qualche magistrature (ed in ispecie dal Tribunale costituzionale)»); E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Milano, Giuffrè, 1990, 847-848 («così, ad es., non poche enunciazioni della recente "costituzione" italiana, ove siano esaminate alla luce di quella tecnica [le "tutele-garanzie"], si palesano o mere enunciazioni programmatiche, carenti di contenuto precettivo e quindi tali da lasciare il tempo che trovano, o illusorie formule di compromissione fra partiti»).

[196] Sul tema cfr. almeno C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it*., 1970, V, 153 ss.; I. Villaverde Menéndez, *L'incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore*, in *Giur. cost*., 1996, 3961 ss. Per una ricognizione della giurisprudenza e della dottrina sul tema v. Aa.Vv., *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee*, Vilnius 2–7 giugno 2008 (consultabile direttamente al *link*:
https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU199_Omissione_legislatore.pdf)

[197] O almeno questo verrebbe da dire riflettendo su quanto positivamente previsto.

che un organo di *controllo* su atti che quindi devono essere necessariamente preesistenti.

Semmai il problema si potrebbe spostare su un diverso piano, ossia sulla *proporzionalità* degli interventi del legislatore per perseguire quei fini costituzionalmente posti, ma di questo aspetto ci occuperemo soltanto quando, e *se*, le censure della Corte vi faranno (esplicito o implicito) riferimento nelle pronunce che si analizzeranno.

§ I.4. – *Prime riflessioni sulla 'discrezionalità del Legislatore'*

Quanto detto fin ora ci consente di iniziare a tratteggiare i limiti e la natura della discrezionalità di cui godrebbe il legislatore nella sua attività di normazione e di porre il problema del modo in cui essa si rapporta con il controllo di legittimità costituzionale.

Innanzitutto, si tenga presente che ««[q]uando si parla di discrezionalità con riferimento ad un potere, ad un'attività o ad un atto giuridico si intende esprimere una qualificazione in virtù della quale tale potere, tale attività o tale atto viene a trovarsi, per così dire, a mezza strada fra una situazione di assoluta vincolatezza all'osservanza di una norma ed una situazione di completa libertà quanto alla determinazione del proprio comportamento»[198]. Se questo può dirsi in generale, tuttavia, le specificità della discrezionalità del legislatore impone di restringere il "campo". Più nello specifico, «In un primo significato, il termine discrezionalità è stato utilizzato come riferimento all'attività legislativa muovendo dal presupposto che il legislatore sia tenuto, almeno in certi casi, al perseguimento di fini stabiliti da norme costituzionali o interposte, così come l'attività amministrativa è tenuta al perseguimento dell'interesse pubblico quale risulta determinato dalla legge, e che si possa conseguentemente individuare un vizio di eccesso di potere legislativo (inteso come sviamento di potere) avente caratteristiche analoghe a quelle del corrispondente vizio dell'atto amministrativo. Se infatti sussistono casi nei quali le norme costituzionali fissano gli scopi che il legislatore deve perseguire, così come normalmente la legge determina i fini dell'attività amministrativa, in tali casi il legislatore ha bensì il potere di scelta, ma tale potere non può essere qualificato come libero (o arbitrario) perché deve comunque tendere al perseguimento del fine indicato dalle norme costituzionali o interposte e ad esso ben si adatta perciò la qualifica di "discrezionale". In questo primo significato, discrezionalità sta quindi ad indicare una qualificazione del potere legislativo in base alla quale l'esercizio di esso com-

[198] A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 795.

porta bensì valutazioni di opportunità, ma queste non sono interamente libere perché necessariamente condizionate al perseguimento di un fine prefissato. […] In un secondo significato il temine discrezionalità è stato invece impiegato muovendo dal presupposto che esista un'attività legislativa la quale si svolga *praeter constitutionem*, nell'ambito della quale cioè il legislatore compia valutazioni di opportunità del tutto insuscettibili di essere verificate sotto il profilo della loro conformità ai precetti costituzionali. Nei confronti di questo tipo di attività legislativa, quindi, non sarebbe configurabile un controllo di "legittimità" costituzionale, ma soltanto di "merito" che gli artt. 127 e 134 cost., tuttavia, chiaramente escludono dalla competenza degli organi della giustizia costituzionale, a differenza di quanto avviene invece, in taluni casi almeno, per il corrispondente controllo esercitato dagli organi della giustizia amministrativa»[199] .

È dunque necessario accertare se possano esserci materie o fattispecie che non siano in alcun modo regolate da norme costituzionali.

Anche solo scorrendo distrattamente il panorama teorico contemporaneo, è agile notare come siano sostenute le più diverse posizioni e segnatamente che vi possano essere aree "costituzionalmente indifferenti" è cosa particolarmente discussa. Tuttavia, non è possibile affrontare direttamente tale tema in questa sede[200], anche considerando che l'obiettivo che ci si propone è ben diverso, e senz'altro più modesto. Come dichiarato sin da subito il tentativo del presente lavoro è semplicemente di sistematizzare le pronunce della Corte al fine di verificare come essa si ponga rispetto alla discrezionalità del legislatore. Eppure, proprio l'impostazione prevalentemente giurisprudenziale qui adottata sembra poter dare una prima risposta al quesito se vi siano ambiti "costituzionalmente indifferenti". Infatti, è la stessa Corte costituzionale a riconoscere l'esistenza di «uno spazio vuoto di diritto costituzionale nel quale il legislatore può far uso del proprio potere discrezionale»[201].

---

[199] *Ivi*, 796-797.

Inoltre, è «da notare che, mentre nell'ambito della giustizia amministrativa la distinzione fra vizi di legittimità e vizi di merito è utilizzata per individuare due diverse competenze del giudice (delle quali il sindacato di merito ha carattere eccezionale) nel caso della giustizia costituzionale il sindacato di merito è sempre vietato al giudice e riservato agli organi legislativi» (A. Pizzorusso, *Commento all'art. 134*, cit., 100 nt. 2).

[200] Dovendosi, in caso contrario, andare a indagare temi tra i più complessi del diritto costituzionale, come la stessa natura della Costituzione.

[201] Corte cost., sent. 18 maggio 1999, n. 172, *Considerato in diritto* 2.1. Così G. Zagrebelsky: «Il divieto di sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento è invece un corollario dell'esistenza della sfera di autonoma determinazione politica del legislatore, non pregiudicata dal diritto costituzionale (con ciò, si intende che il "potere discrezionale" di cui parla la disposizione in esame [l'art. 28 l. n. 87/1953, *ndr*] non deve certamente intendersi nel senso specifico che viene in considerazione rispetto all'attività amministrativa). Escludendosi le valutazioni di natura politica della Corte, si riserva al legislatore uno "spazio vuoto di diritto costituzionale", o spazio appunto delle scelte "discrezionali"; al contra-

Assunto, questo, che sembra trovare conferma nei rilievi di Pizzorusso sulla struttura del sistema delle fonti in Italia, che viene definito "a cascata"[202]. In base a tale ricostruzione «le varie fonti risultano disposte su una serie di livelli ciascuno dei quali comprende un complesso di disposizioni e di norme, integrative di quelle appartenenti al livello superiore e destinate ad essere a loro volta integrate da quelle derivanti dal livello inferiore. Avremo così la possibilità di un'attività normativa primaria *praeter contitutionem*, di un'attività normativa secondaria *praeter legem* e così via, di livello in livello. Donde la conclusione ulteriore che ben possono aversi materie o fattispecie non regolate da disposizioni o norme costituzionali la cui disciplina è conseguentemente rimessa al legislatore, il quale è perciò titolare, con riferimento alla corrispondente area, di un potere che ben può dirsi discrezionale nel secondo dei significati di questo termine sopra individuarti ed al quale corrisponde un'attività legislativa insuscettibile di essere assoggettata a controllo di legittimità per mancanza di norme costituzionali utilizzabili come parametro e rispetto alla quale può ipotizzarsi soltanto un sindacato di merito peraltro non consentito alla Corte costituzionale»[203].

A differenza dell'attività amministrativa, infatti, l'attività legislativa non può propriamente dirsi vincolata al perseguimento di uno specifico interesse pubblico determinato[204]. Il «principio pluralistico, chiaramente esclude la configurabilità di un interesse pubblico unitario cui il legislatore debba ispirarsi e comporta invece che tendenze politiche diverse possano di volta in volta influenzare l'attività legislativa in direzioni anche del tutto divergenti, col solo limite dei principi costituzionali»[205]. «Che i principi incorporati dalla costituzione siano incoerenti, anzi antitetici, non è dunque un difetto imputabile alla costituzione, ma una sua caratteristica strutturale ineliminabile. Se i costituenti avessero voluto e potuto conciliare le opposte visioni che li dividevano, la Costituzione italiana sarebbe stata cosa del tutto diversa da quello che è: non avrebbe incorporato il conflitto, ma affermato la sua soluzione; non sarebbe una carta aperta agli sviluppi successivi, all'evoluzione della legislazione come ricerca di equilibri mai definiti-

rio, garantendosi al legislatore uno spazio di tal tipo, si escludono le valutazioni politiche della Corte costituzionale. Due facce della stessa medaglia, dunque, che richiamano le questioni generali […] circa i limiti della giustizia costituzionale nei confronti della libertà del processo politico» (*La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, 158-159).

[202] *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 806.

[203] *Ivi*, 807.

[204] V. A. Piras, *(voce) Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 76; A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 800.

[205] A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 1986, 800.

vi tra i principi enunciati, ma avrebbe posto regole dirette a fissare una volta per tutte determinate precedenze tra interessi o gerarchie tra valori. Sarebbe semplicemente stata una costituzione diversa, più conforme al modello ottocentesco ma meno adatta ad affrontare la complessità sociale»[206].

In questa prospettiva, la previsione di principi così ampi e quindi concretizzabili *legittimamente* tramite le più diverse soluzioni sembrerebbe ostacolare un controllo della Corte pur esistendo un parametro normativo di riferimento (diversamente a quanto accade per le aree costituzionalmente indifferenti)[207]. O meglio, proprio la formulazione ampia di questi principi permetterebbe di sindacare *soltanto* le violazioni più manifeste, ossia «solo le violazioni della costituzione *certe* e *dimostrabili* (e non invece pure quelle "indiziarie", nel senso di semplicemente *argomentabili* come verosimili o meramente possibili)»[208]. Allora, pur non volendosi sostenere che alla Corte sia precluso il control-

[206] Così R. Bin, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2007, 23, e ancora: «Se la costituzione incorpora il conflitto tra valori e interessi inconciliabili, ciò significa anzitutto che non assegna supremazie gerarchiche a nessuno di essi: il "relativismo" è la filosofia ufficiale della costituzione, i cui unici valori "supremi" attengono al mantenimento del relativismo stesso, del pluralismo non "riducibile" a unità, dell'obbligo della composizione pacifica dei conflitti. Laddove le disposizioni costituzionali non rappresentino un punto di già maturata convergenza degli interessi e di loro composizione in "regole" sufficientemente "chiare, precise e incondizionate" per essere applicate direttamente, senza l'intermediazione di un atto (o di un comportamento) delle istituzioni politiche "costituite"» (30).

Critica apertamente l'impostazione di R. Bin, Ruggeri, secondo il quale «Tutto all'opposto (e fermo restando – si torna a dire – che di un «programma» in senso proprio non è il caso di discorrere), l'orientamento che viene dalla Carta è per la realizzazione di un «modello» stilizzato di società [*dalla nota: ...* fatta di uomini artefici del proprio destino, liberi, eguali, laboriosi, partecipi di una "comunità" in senso proprio, intesa cioè quale condivisione di valori fondanti, pur nelle diversità, quali che siano, che poi costituiscono esse stesse un valore in sé e per sé, vale a dire un fattore di crescita e di arricchimento assieme, non già qualcosa da tollerare o, peggio, da reprimere (anche in forme subdole ed occulte)], semmai, di là da venire e che, forse, mai ì verrà, non già di una società superata» (A. Ruggeri, *Teorie e "usi" della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 3/2007, 536). Nonostante le posizioni sembrino inconciliabili, o almeno così vengano presentate nello scritto di Ruggeri, a parere di scrive sembra che possano coesistere dal momento in cui la Costituzione senz'altro fornisce le "carte da gioco" e tutte le sue regole, ma poi la "partita" rimane tutta da giocare, con tutti i conflitti che ne deriveranno, ma all'interno di quel perimetro *con-diviso*. Fuori di metafora, ha ragione A. Ruggeri nel sottolineare la funzione della Carta come portatrice di uno schema stilizzato di società condiviso, ma pare altrettanto corretto il rilievo di R. Bin nell'identificare come altrettanto centrale l'elemento più conflittuale che caratterizza la previsione di diritti che paiono, in una certa misura, confliggenti.

[207] È tuttavia possibile anticipare che, nonostante tramite un'interpretazione letterale delle disposizioni costituzionali, o comunque rispettosa delle regole poste dall'art. 12 delle Preleggi al Codice civile, si possano individuare ambiti costituzionalmente indifferenti, la giurisprudenza della Corte tramite operazioni ermeneutiche per così dire manipolative ha esteso l'operatività di alcune norme (come l'art. 3 Cost.) a tutti gli ambiti dell'ordinamento. Su questi temi (interpretazione della legge in generale, interpretazione della Costituzione, l'art. 3 Cost. e il principio di ragionevolezza) la letteratura è sterminata. Sul tema della ragionevolezza ci limitiamo a rimandare a *infra* Cap. II, § 2.1.2.1. soprattutto in merito ai riferimenti bibliografici. Allo stesso modo per gli opportuni approfondimenti sul tema dell'interpretazione (in generale e Costituzionale nello specifico) v. *supra* nota 193 del presente capitolo.

[208] A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione*, cit., 1020.

lo sull'osservanza delle norme costituzionali di scopo[209], si ritiene che il suo potere di intervento debba ridursi proporzionalmente col crescere delle soluzioni costituzionalmente compatibili[210]. Solo in questo modo si rispetterebbero i confini posti dal diritto positivo alla attività del Giudice delle leggi che certamente escludono (almeno) il controllo sul merito della attività legislativa.

Quanto detto può ritenersi valido soltanto a condizione di qualche puntualizzazione ulteriore. Innanzitutto, bisogna precisare che questo schema è debitore di una determinata concezione della Costituzione come documento scritto, denominato appunto 'Costituzione'[211], distinto «da altri testi normativi in virtù del suo procedimento di formazione, che è diverso da quello di ogni altra fonte del diritto»[212] ed inoltre espressivo di norme gerarchicamente sovraordinate alla legge. Si è visto come tramite la Costituzione ed in particolare con l'istituzione del controllo di costituzionalità si è inteso anche delimitare il potere normativo del Parlamento e al tempo stesso fissare alcuni scopi generali da attuare (tramite le c.d. norme programmatiche).

Questi punti di partenza possono senz'altro essere messi in discussione[213] (tanto che così è stato fatto sin subito), tuttavia, questa prima definizione "minima" pare quantomeno sostenibile e senz'altro coerente con l'approccio, per così dire, "storico-positivistico" fin qui adottato. In altri termini, la Costituzione è *almeno* un documento normativo scritto in un dato momento storico, gerarchicamente sovraordinato alla legge, con il quale (oltre a disporre sulla "organizzazione del-

[209] Cfr. C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, cit., 223 ss.; V. Crisafulli, *Lezioni,* cit., 357-358; A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 799.

[210] …fenomeno conseguente alla normazione c.d. per principi che caratterizza, secondo alcuni, parti della Carta.

[211] Cfr. R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011, 159 ss.

[212] R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in L. Mengoni (diretto da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, 1998, 314.

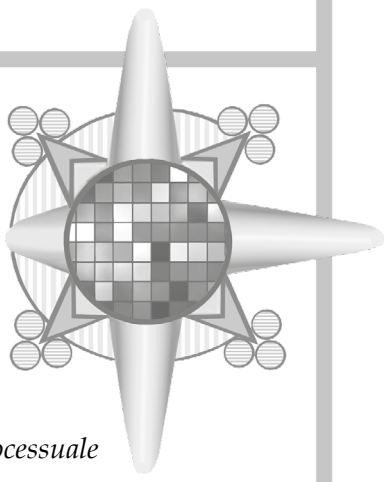
[213] V. ad esempio F. Modugno, *(voce) Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, 1991; F. Modugno, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. Azzariti (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 51-81; F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995; F. Modugno, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 14/2020, 101-127; M. Kumm, *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, vol. 7, 2006, 341-369; A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, 639-658; Idem, *L'interpretazione della costituzione*, in A. Palazzo (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, Esi, 2001, 215-230; M. Luciani, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta,* Torino, Giappichelli, 1991, 170 ss.; A. Ruggeri, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in *Diritto pubblico*, 1998, 1-33. Critico rispetto al processo di «pan-costituzionalizzazione» della vita sociale e dell'estensione dell'area del «costituzionalmente rilevante» a qualsiasi ambito dell'ordinamento spec. v. V. Angiolini, *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in R. Romboli (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, 15 ss., 20; ma cfr. anche V. Angiolini, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995.

lo Stato", ed anche attraverso di essa) sono posti limiti "negativi"[214] e "positivi" all'attività del legislatore. Poi, si potrà pure affermare che essa (Costituzione) sia anche "qualche cosa di più", ma al momento non è necessario approfondire oltre[215] (soprattutto considerando i fini che ci si è posti con il presente scritto). Piuttosto, indipendentemente dalla concezione accolta, che i Costituenti considerassero il Parlamento l'organo centrale dell'ordinamento che si stava delineando sembra fuor di dubbio. Che quindi, per questo motivo, la discrezionalità del legislatore – quale limite al controllo di costituzionalità – fosse vista come un elemento fondamentale ed irrinunciabile, seppur rideclinata all'interno dell'impianto costituzionale in formazione, può ritenersi altrettanto pacifico. Come sia poi stato reinterpretato ed eventualmente riposizionato tale confine lo si vedrà nelle prossime pagine attraverso la disamina della giurisprudenza costituzionale sul tema.

[214] Tra i fautori della Costituzione concepita come "limite negativo" cfr., oggi isolato, A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione*, cit., *passim*.

[215] Per una ricognizione delle diverse "concezioni" della Costituzione si veda almeno G. Pino, *Tre concezioni della Costituzione*, in *Rivista di Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2015; R. Bin, *Che cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2007, 11-52; M. Massa, *Prospettiva storica e concezioni della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 2/2020, 275-304; A. Ruggeri, *Teorie e "usi" della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 3/2007, 519-539.

II. La discrezionalità del legislatore: oggetto e limite del sindacato di costituzionalità



1. *Indicazioni preliminari*

2. *La discrezionalità del legislatore nel diritto processuale*

2.1. *Una prospettiva diacronica*

2.2. *I diversi tipi di pronunce*

2.3. *Le diverse motivazioni*

2.4. *Alcune considerazioni*

3. *La discrezionalità del legislatore nel diritto penale (e sanzioni amministrative sostanzialmente penali)*

3.1. *Le pronunce di accoglimento*

3.1.1. *Dalle "rime obbligate" ai "versi sciolti"*

3.1.2. *Un nuovo modello di decisione (in due tempi)*

3.2. *Le pronunce di inammissibilità e infondatezza*

3.3. *Prime riflessioni critiche*

4. *La discrezionalità del legislatore nel diritto tributario (brevi cenni)*

§ II.1. – *Indicazioni preliminari*

Le considerazioni sin qui svolte permettono ora di focalizzare l'attenzione sull'elemento centrale del presente lavoro, ossia lo studio di come sia stato interpretato il limite alla giustiziabilità delle questioni di costituzionalità rappresentato dalla discrezionalità del legislatore.

In proposito, alcune precisazioni metodologiche risultano indispensabili per palesare sin da subito le direttrici che hanno guidato la selezione della giurisprudenza rilevante. Come dichiarato già nelle premesse iniziali, si è ritenuto di lasciare in disparte i giudizi sull'ammissibilità dei referendum, quelli sui conflitti di attribuzione (sia tra enti che tra poteri dello Stato), nonché i giudizi di legittimità costituzionale in via principale. Il motivo di queste esclusioni risiede sostanzialmente nella necessità di ricavare dati il più possibile omogenei, per poter poi procedere ad un commento che non necessiti di volta in volta di "tare", precisazioni e distinguo relativi alle diverse specificità di questi tipi di giudizio. D'altro canto, i giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale costituiscono anche la maggior parte (quindi certamente indicano un dato *quantitativamente* significativo) del lavoro della Corte ed inoltre rappresentano, al tempo stesso, l'ambito nel quale più spesso e con maggiore intensità si riscontrano quelle tensioni tra Corte e legislatore che fanno perno sulla discrezionalità di quest'ultimo. In altre parole, non si intende qui sostenere che problemi relativi all'esercizio della discrezionalità non sorgano *anche* nelle altre tipologie di giudizio (si pensi solo ai conflitti intersoggettivi, nei quali, più che in altri tipi di giudizio, è evidente che possano sorgere questioni inerenti all'esercizio di *una certa* discrezionalità), tuttavia pare plausibile ritenere che si tratti di una discrezionalità *qualitativamente diversa* da quella oggetto del presente lavoro.

Per individuare più precisamente le pronunce rilevanti sul tema si è fatta una prima ricerca sulla base dell'unico parametro normativo che fa esplicitamente riferimento a questo concetto, ossia l'art. 28 della legge 87/1953. Tuttavia, tale "filtro" si è dimostrato inidoneo per una selezione completa dei dati, dal momento che si sono potute ricavare attraverso l'utilizzo del criterio in questione soltanto sette pronunce[1]. Ed anche ad una superficiale disamina della giurisprudenza costituzionale è chiaro come il dato conseguito non possa ritenersi sufficiente per ottenere un quadro esaustivo sul tema. Molte sono infatti le pronunce nelle quali pur mancando il richiamo esplicito all'art. 28 l. 87/1953 se ne ricalcano i contenuti o anche solo i presupposti logici.

[1] Corte cost., sentt. nn. 216/2018; 531/1990; 27/1990; 523/1987; 298/1985; 314/1983; 241/1983.

Pertanto, per raggiungere risultati soddisfacenti si è deciso di ampliare il perimetro della ricerca anche a tutte quelle espressioni sinonimiche in grado di riprodurre in chiave contenutistica quanto disposto tramite la norma sopra riportata. Si è quindi proceduto con un ampliamento dei parametri considerando le formule: 'questione politica', 'valutazione di natura politica', 'valutazione politica', 'potere discrezionale del Parlamento', 'merito politico', 'discrezionalità del Parlamento', 'politica legislativa', 'valutazione discrezionale', 'opportunità politica', 'discrezionalità delle Camere', 'discrezionalità legislativa', 'discrezionalità politica', 'scelta discrezionale', 'scelte discrezionali' e 'discrezionalità del legislatore'. Si è così riusciti a tracciare una immagine più attendibile della situazione (con più di duemilatrecento pronunce visionate tra ordinanze e sentenze) che ci si propone qui di sistematizzare[2]. Naturalmente, ragioni di economia del presente lavoro costringono entro uno schema tutto sommato limitato e comunque parziale l'esposizione che segue.

Si è constatato sin da subito che la discrezionalità del legislatore (evocata anche per il tramite delle diverse espressioni sopra ricordate) viene richiamata dalla Corte con particolare frequenza in alcune specifiche materie[3] e, per larghissima parte, in pronunce di inammissibilità o rigetto. In determinati ambiti il Giudice delle leggi pare quindi maggiormente sensibile a riconoscere spazi particolarmente ampi per l'esplicarsi dell'attività normativa del legislatore e sembra fare un "passo indietro" ritenendo di non poter sindacare le scelte fatte dal Parlamento.

Tali materie possono essere ricondotte a tre "macrocategorie" che sono state ricostruite, per così dire, "artificialmente" sulla base di alcune caratteristiche in grado di accomunare diverse branche del diritto, tradizionalmente tenute distinte. Perciò è senz'altro vero che questa suddivisione può considerarsi sì convenzionale, sebbene auspicabilmente, come si vedrà, non per questo arbitraria.

La prima categoria individuata è rappresentata dall'insieme delle norme processuali[4], e si è dimostrata quella in cui più di frequente

[2] Si precisa sin da subito che la ricerca così impostata (ossia per parametri normativi e per parole chiave) consente di individuare "soltanto" le pronunce in cui si faccia esplicito riferimento ai concetti sopra riportati. Pertanto, non è stato possibile individuare le decisioni nelle quali il richiamo sia esclusivamente implicito. Questa scelta si è resa necessaria dal momento in cui si è deciso di non circoscrivere temporalmente l'analisi, ma questo ci consentirà anche di verificare come la Corte si relazioni con il problema della discrezionalità "alla luce del sole", ossia quando vi faccia espresso riferimento. Il vantaggio consisterà nel fatto che proprio così sarà possibile verificare come essa abbia interpretato tale discrezionalità come limite *esplicito* alla propria attività.

[3] L'impostazione dell'analisi "per materia" la ritroviamo anche in F. Felicetti, *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *Foro it.*, I, 1986, 20-26, sebbene nel testo non si segua del tutto la relativa tassonomia.

[4] Processo civile, penale, amministrativo, tributario in rapporto tra loro, ma anche con i procedimenti amministrativi (Cioè solo nei casi in cui vi sia una complementarietà fra il sistema di tutele del processo con quanto previsto per il procedimento).

la Corte ha ritenuto in un qualche modo rilevante la discrezionalità del legislatore. La seconda è costituita dal sistema sanzionatorio latamente inteso, comprensivo al suo interno, quindi, non soltanto delle pene in senso tecnico, ma anche delle sanzioni amministrative e disciplinari[5]. L'ultima materia individuata (anche per numero di casi interessati) è stata quella tributaria[6].

Nel loro complesso esse rappresentano circa l'ottanta percento[7] delle pronunce che richiamano la discrezionalità del legislatore (tra pronunce di accoglimento, inammissibilità o rigetto e tra ordinanze e sentenze). Si è così data prevalenza ad un fattore puramente *quantitativo*, che tuttavia potrebbe essere ritenuto non sufficiente. Ci si potrebbe in effetti domandare perché non si sia ricorso qui ad una analisi basata sui tipi di pronunce (sentenze/ordinanze; inammissibilità/infondatezza/accoglimento) o sulle tipologie di motivazioni. La domanda è ovviamente legittima, e la risposta sta nelle premesse che abbiamo svolto nelle battute iniziali, ossia che un ragionamento di tal fatta (ossia basato su uno schema diviso per materie) consente di svolgere anche una riflessione ulteriore, ossia di verificare se vi siano materie che la Corte consideri sostanzialmente escluse dal proprio giudizio, mentre un'analisi basata unicamente sulla tipologia di pronuncia avrebbe rischiato di lasciare in ombra questo dato.

Proprio nella misura in cui la scelta effettuata può portare dei concreti contributi in termini di sistematizzazione, inoltre, si prenderà in considerazione anche il dibattitto statunitense sul c.d. limite di *political question*, secondo il quale determinate questioni non possono essere affrontate davanti ad un tribunale[8] perché devono trovare una soluzione in una diversa sede (come il Parlamento, ma anche il Governo, la pubblica amministrazione ecc.). Questo con l'ovvia precisazione che al riguardo si dovranno tenere ben in considerazione le differenti caratteristiche dei due ordinamenti posti a confronto (Stati Uniti e Italia)[9], oltre che le argomentazioni e i tipi di pronunce adottate dalla Corte.

[5] Si comprendono in questa categoria tutte le regole che disciplinano le sanzioni spec. nella loro quantificazione, ma anche le modalità per la loro irrogazione o per la loro esclusione. In altri termini tutti gli elementi per la loro determinazione sia astratta che concreta non ricompresi nella dimensione strettamente processuale/procedimentale.

[6] Come si vedrà, incidentalmente si è poi toccata anche una quarta materia: la previdenza.

[7] In questo conteggio sono state considerate anche le pronunce in tema di previdenza analizzate assieme alla materia tributaria (v. *infra* § 4.).

[8] Si tratta del problema della giustiziabilità di alcune questioni che si ritengono non decidibili nemmeno da un tribunale particolarissimo come il Tribunale costituzionale (quindi in Italia la Corte costituzionale e negli Stati Uniti la Supreme Court).

[9] Per prima cosa si pensi alla particolare posizione della *Supreme Court* che oltre ad essere giudice costituzionale rappresenta anche il vertice dell'ordinamento giudiziario, o al suo poter formalmente "decidere di non decidere" (cosa invece preclusa alla Corte italiana, sul tema v. almeno L. Elia, *La guerra di Spagna come «fatto ideologico»: un caso di* «political question»*?*, in *Giur. cost.*, 1968, 1749; G. Silvestri, *La Corte costituzionale nella svolta di fine seco-*

Ulteriori approfondimenti in tema di tipi di pronunce e di dispositivi così come di motivazioni verranno comunque infine svolti all'interno di ciascuna "area tematica", atteso che soltanto così l'analisi potrà aspirare a una sufficiente esaustività.

§ II.2. – *La discrezionalità del legislatore nel diritto processuale*

Come anticipato, la materia nella quale si rinviene il più elevato numero di decisioni che fanno *esplicito* riferimento[10] alla discrezionalità del legislatore è senz'altro quella processuale[11]. Dal momento in cui il primo elemento che balza subito agli occhi è quello numerico, sembra opportuno partire nella nostra indagine proprio da alcuni dati strettamente statistici[12].

Le decisioni nell'ambito in oggetto rappresentano da sole circa il venticinque percento di *tutte* le decisioni esaminate. Tra queste, nove su dieci respingono la questione sollevata. Una prima domanda che sorge spontanea osservando la mole di tali dati è allora se, cambiando punto di osservazione, si evidenzino altri elementi che possano stimolare riflessioni ulteriori. In altre parole, ci si chiede se andando a verificare il numero di pronunce non più (o non soltanto) a livello del totale, ma anno per anno si possano ricavare elementi aggiuntivi d'interesse. Le percentuali sopra riportate, infatti, rappresentano un rapporto rispetto al tutto, per così dire, "statico", e non ci dicono nulla su possibili "curve" di dati collocate nel corso degli anni (che possano quindi definire un andamento nel tempo o, per così dire, un cambiamento culturale dell'approccio della Corte). In sintesi, l'unica cosa che questo dato ci dice è che le pronunce "sono tante", ma non molto di più. Invece,

---

lo, in *Le garanzie della Repubblica*, Torino, Giappichelli, 2008, 89 ss.; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2004, 442 ss.; V. Onida, *Relazione di sintesi*, in Aa.Vv., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990, 305 ss., R. Basile, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017), o più in generale, la diversa concezione della *divisione* dei poteri (molto più accentuata nel modello statunitense).

[10] Si ricorda, infatti, (e quanto detto varrà per tutte le pagine che seguiranno) che per *esplicito riferimento* si intende che all'interno delle decisioni si trova riportata una o più delle seguenti espressioni: 'questione politica', 'valutazione di natura politica', 'valutazione politica', 'potere discrezionale del Parlamento', 'merito politico', 'discrezionalità del Parlamento', 'politica legislativa', 'valutazione discrezionale', 'opportunità politica', 'discrezionalità delle Camere', 'discrezionalità legislativa', 'discrezionalità politica', 'scelta discrezionale', 'scelte discrezionali' e 'discrezionalità del legislatore'; oppure viene richiamato direttamente l'art. 28 l. 87/1953. Sono escluse pertanto dalla presente indagine tutte quelle pronunce che potrebbero implicitamente alludere a tali categorie, ma non lo fanno esplicitamente (del perché si è già detto).

[11] Con più di quattrocento decisioni.

[12] Si precisa sin da subito che non ci si aspetta necessariamente di poter già svolgere conclusioni compiute da questi primi elementi, ma si tratta soltanto di un primo inizio che si ritiene pur sempre giustificato per un procedere ordinato.

un'analisi strutturata sul piano diacronico sembrerebbe poter fornire un primo punto di partenza per evidenziare possibili tendenze o regolarità significative della Corte rispetto al problema della discrezionalità del legislatore. Nondimeno, per fare ciò e, soprattutto, per ricavare dati il più possibile omogenei, sembra opportuno tenere distinte le pronunce di accoglimento da quelle nelle quali la questione è dichiarata inammissibile o infondata. Soltanto così, infatti, pare possibile circoscrivere i primi indizi relativi alla domanda se nel corso degli anni vi sia stato un *judicial activism* o viceversa un *self restraint* del Tribunale costituzionale rispetto alla materia in esame[13].

§ II.2.1. – *Una prospettiva diacronica*

In primo luogo, focalizzando l'attenzione sulle sole pronunce di inammissibilità e infondatezza il rapporto percentuale delle decisioni in tema di processo rispetto al totale non varia: il dato rimane infatti fisso al 25% delle sentenze e ordinanze esaminate (che respingono la questione). Procedendo ad una analisi anno per anno, invece, le cose mutano sensibilmente. In particolare, non si riesce a determinare alcun altro tipo di regolarità nel numero di tali decisioni: si passa da un 75% delle decisioni nell'anno 1963 ad un 5,55% nell'anno 2015 (senza contare che negli anni 1957-1962; 1965-1966; 1968-1969; 1978-1979 non si è registrata alcuna pronuncia in tema di processo e discrezionalità). Dal punto di vista cronologico, quindi, non si identifica una vera e propria costante che possa ritenersi espressione di un *trend*[14] significativo. Questo oscillare tra estremi così lontani sembrerebbe pertanto escludere l'esistenza sia di un *judicial activism* del Tribunale costituzionale, sia di un *self restraint*. O meglio, da una parte non si nota un aumento delle decisioni di rigetto che possa significare che, col passare degli anni, la Corte costituzionale abbia interpretato il limite della discrezionalità nel processo estensivamente (e quindi "a vantaggio" del legislatore). Dall'altra, non si riscontra nemmeno una diminuzione di tali decisioni, cosa che, viceversa, avrebbe potuto suggerire un attivismo giudiziario a danno della discrezionalità legislativa[15]. È bene puntua-

[13] In altri termini in questo modo sembrerebbe possibile verificare se vi siano dei comportamenti in grado di mostrare dei *trend* in un certo senso omogenei della Corte rispetto alla materia processuale. È bene precisare che si tratta però soltanto di indizi, perché non si può propriamente parlare di attivismo giudiziale o di autolimitazione senza poi andare ad analizzare nel merito le singole pronunce. Nonostante questo, il dato numerico si ritiene comunque essere un "campanello da allarme" che può segnalare un possibile orientamento (anche se, come detto, da verificare).

[14] Crescente, decrescente, costante.

[15] Alle stesse conclusioni si giunge anche leggendo i dati in termini "assoluti": si passa infatti da un massimo di ventidue pronunce sul tema (nell'anno 2000, tra queste vedi

lizzare subito, però, che questi elementi non sono gli unici che potrebbero (o forse, dovrebbero) essere considerati per riconoscere fenomeni di *self restraint* o *judicial activism* della Corte. Difatti, non si esclude che anche singole pronunce possano essere comunque espressione di questi tipi di "indirizzi" quando, ad esempio, ribaltino precedenti orientamenti[16], o anche solo isolatamente considerate. Tuttavia, quello che si cerca di trovare attraverso questa prima ricognizione è una indicazione di massima relativa ad orientamenti generalizzati rispetto a delle precise materie[17].

Se poco o nulla abbiamo ricavato rispetto alle decisioni di rigetto e inammisibilità, a diverse conclusioni arriviamo analizzando le pronunce di accoglimento.

Con riferimento a queste ultime, infatti, l'aspetto che più richiama l'attenzione consiste nel fatto che i tre quarti di tutte le sentenze di accoglimento sull'argomento siano concentrate nell'ultimo ventennio, mentre solo cinque sono state emesse nei quarantaquattro anni precedenti (quindi nel doppio del tempo). L'incremento può dirsi senza dubbio notevole (in proporzione si aggira all'incirca attorno alle otto volte), tanto da poter fare legittimamente pensare a un radicale mutamento dell'atteggiamento della Corte rispetto alle questioni di costituzionalità aventi ad oggetto il processo. Sembra, dunque, che il Tribunale costituzionale sia via via devenuto più propenso a riconoscere l'illegittimità di norme processuali[18].

Potrebbe eccepirsi a tali prime considerazioni che gli argomenti appena esaminati non possono ritenersi totalmente conclusivi. Si è già detto che il solo dato numerico può certamente considerarsi un valido indizio, nondimeno a questo non si può far corrispondere *per ciò solo* l'attivismo giudiziario della Corte in una determinata materia. Nel caso in esame, tale rilievo sembra cogliere nel segno principalmente per un motivo: a fronte di quasi quattrocento pronunce di rigetto e/o di inammissibilità, infatti, sono meno di trenta le sentenze di accoglimento che fanno esplicito riferimento alla 'discrezionalità del legislatore'[19] (così come ampiamente indagata attraverso le espressioni sinonimiche sopra ricordate). Pertanto è palese come le pronunce di accoglimento

almeno Corte cost., sentt. nn. 161/2000; 165/2000; 189/2000; 271/2000; 272/2000; 349/2000; 394/2000) a zero passando per numeri che, anche questi, oscillano senza una regolarità.

[16] Ad esempio, se la Corte in un primo momento ritenesse di non poter decidere su una determinata questione e poi negli anni dovesse ricredersi.

[17] In questa fase della ricerca, quindi, poco spazio trovano singole pronunce, per quanto astrattamente potranno poi rivelarsi anche significative.

[18] …e, si noti, sempre facendo esplicito riferimento al problema della discrezionalità del legislatore; quindi superando direttamente questo ostacolo e riconoscendo così un "cattivo uso" di quella discrezionalità (che è comunque sempre riconosciuta).

[19] Che comunque si aggirano attorno all'8% circa delle sentenze di rigetto (sui temi discrezionalità-processo) degli stessi anni.

siano molto poche (seppur alcune particolarmente importanti[20]), e per tale motivo si potrebbe dubitare della loro idoneità a testimoniare il progressivo attivismo giudiziario della Corte di cui si è detto.

Sembra peraltro possibile individuare un ulteriore argomento a sostegno dell'esistenza di un fenomeno di *judicial activism* del Tribunale costituzionale[21], ma per fare ciò bisogna necessariamente approfondire l'indagine spostando la riflessione sullo studio di quali siano stati, nel corso degli anni, i parametri utilizzati dal Giudice delle leggi per dichiarare l'illegittimità delle norme processuali portate alla sua attenzione.

Il primo parametro ad essere utilizzato dalla Corte è l'art. 3 Cost., e la cosa non sorprende più di tanto. È noto, difatti, che ad oggi il principio di uguaglianza sia richiamato quando si tratta di valutare la *ragionevolezza* delle norme, e perfino la *coerenza* e la *razionalità* dell'ordinamento inteso in una sua dimensione complessiva. Nonostante non sia certamente possibile approfondire in questa sede il tema della *ragionevolezza*, ci si limita a ricordare come tale principio si sia affermato, almeno all'inizio, come "costola" del principio di uguaglianza. Gli approfondimenti della dottrina su tale tema sono innumerevoli[22], e di particolare interesse sono quelli volti ad approfondire le possibili diverse sfaccettature del relativo concetto[23]. Tuttavia, i nostri fini (ben più modesti) non richiedono indagini di tale profondità, che del resto risultano anche ultronee rispetto all'approccio prettamente giurisprudenziale di questo lavoro. Ed in effetti nella giurisprudenza costituzionale, da quanto ci è dato vedere, i termini 'irragionevolezza', 'irrazionalità' e 'arbitrarietà' sono utilizzati in modo tra loro – tutto sommato – fungibile[24]. Per il Giudice delle leggi «sono espressioni che si riferiscono al medesimo concetto, e l'uso di una formula o di un'altra è puramente…*discrezionale* (se non casuale)»[25].

[20] Si pensi anche solo alla notissima pronuncia Corte cost., sent. n. 204/2004 sulle materie affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

[21] Soprattutto negli anni Duemila.

[22] Sul tema, in generale, v. almeno L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965, 132-148, 222-235; G. Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, 38-88; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001, 37-138; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2018, 160-185 laddove parla di 'arbitrarietà' (e spec. 163-168).

[23] Cfr. ad es. G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, 148 ss. secondo il quale «"razionale" indica la *coerenza logica* con un principio che si è dati a se stessi; "ragionevole" indica piuttosto l'*adeguatezza ad un valore di giustizia*. La razionalità è un carattere interno a un sistema dominato da un principio di coerenza e si risolve nel *criterio di non contraddizione*; la ragionevolezza ha a che vedere con *un qualche* valore (o un qualche sistema di valori) esterno e si risolve nell'esigenza di *giustificatezza* delle parti dell'ordinamento a qualche valore».

[24] E così è almeno a proposito del caso delle pronunce sul tema del processo che qui stiamo trattando, ma lo stesso varrà, come vedremo, anche per le altre materie analizzate.

[25] E. Rossi, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore nel periodo 1987-1989*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, 220 (corsivo mio).

Si ritiene, perciò, che il controllo di costituzionalità rispetto all'art. 3 Cost. possa essere inteso sostanzialmente in due modi: da una parte come verifica rispetto al principio di uguaglianza strettamente inteso (con l'utilizzo del caratteristico giudizio ternario); dall'altra come controllo valutativo della adeguatezza, pertinenza, congruità, proporzionalità della normativa censurata[26]. Tale divisione potrà anche essere ritenuta eccessivamente semplicistica (e forse per certi versi lo è pure), tuttavia si ritiene condivisibile proprio perché è nella stessa giurisprudenza della Corte sul tema del processo che si riscontra una netta differenziazione del giudizio sull'eguaglianza da quello di ragionevolezza (largamente inteso)[27], mentre lo stesso non può dirsi per quanto concerne la distinzione della ragionevolezza piuttosto dall'arbitrarietà o dalla irrazionalità[28]. Acquisita questa macro-distinzione possiamo allora andare a verificare quale delle due accezioni sia utilizzata (maggiormente) dal Giudice delle leggi per sindacare le norme processuali utilizzando il grimaldello dell'art. 3 Cost. Avere un riscontro è piuttosto semplice: le censure più ricorrenti sono quasi sempre relative alla irragionevolezza, alla irrazionalità o alla arbitrarietà della normativa cassata[29].

È dagli anni Duemila, tuttavia, che assistiamo ad una vera e propria rivoluzione, ossia all'introduzione "sistematica" di un nuovo parametro: l'art. 24 Cost., per cui la violazione del diritto di difesa (in particolare) entra a far parte di quasi tutte le sentenze di accoglimento degli ultimi venti anni[30]. Si verifica così un ampliamento dei parametri utilizzati per sindacare l'attività normativa del legislatore dalla Corte, che «ha ravvisato l'esistenza di *limiti minori* al giudizio di costituzionalità, potendo questo essere effettuato anche alla stregua di altri parametri diversi dal criterio di ragionevolezza»[31]. Più nello specifico, secondo i giudici di palazzo della Consulta, il diritto di difesa, «quanto alle modalità del suo esercizio, può essere diversamente regolato ed adattato alle speciali esigenze di singoli procedimenti, purché non ne siano pregiudicati lo scopo e le funzioni»[32]. È quanto accade per le que-

[26] Così A. Anzon, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, 31-33, laddove richiama in tal senso anche altri autorevoli Autori come Baldassarre, Mortati, Lavagna, Cerri, Paladin.

[27] V. per es. Corte cost., sentt. nn. 145/1987; 44/1990.

[28] Non è raro infatti che si trovino nella stessa pronuncia tutti e tre questi termini utilizzati chiaramente come sinonimi l'uno dell'altro.

[29] Sostanzialmente si avvicinano a coprire il totale delle decisioni in cui la questione venga accolta per violazione dell'art. 3 Cost.

[30] Anche se non sempre da solo, ma talvolta anche assieme all'art. 3 Cost.

[31] F. Felicetti, *op.cit.*, 23.

[32] *Ivi*, 24.

stioni di giurisdizione[33] o competenza[34], le procedure di notifica[35], le misure alternative alla detenzione[36], il regime probatorio[37], la conformazione di istituti (come ad esempio l'oblazione[38]) o di riti speciali[39]. In questi casi il sindacato della Corte si fa decisamente più penetrante. E non è tutto: è sempre dagli anni Duemila che iniziano a rilevarsi anche sentenze c.d. additive[40] che, quantomeno astrattamente, parrebbero toccare l'esercizio di una discrezionalità che la Costituzione sembrerebbe attribuire al legislatore. Ma sul punto torneremo a brevissimo.

Sembrerebbe, quindi, che l'analisi svolta sinora, avvalori ulteriormente le prime impressioni relative all'implementazione dell'attivismo giudiziario del Tribunale costituzionale in tema di processo. Il numero delle sentenze di accoglimento infatti è aumentato esponenzialmente nell'ultimo ventennio e questo risultato sembra essersi raggiunto anche attraverso l'utilizzo di nuovi parametri normativi e di nuove tecniche decisorie (quali sono le sentenze additive).

Al tempo stesso si deve però ammettere che il Tribunale costituzionale evoca esplicitamente il concetto di 'discrezionalità' soltanto (o meglio, principalmente) quando ritenga di dover fare un "passo indietro" e perciò quando decida di respingere una questione. La Corte di-

[33] Ad esempio, Corte cost., sent. n. 204/2004 sul riparto di giurisdizione giudice ordinario - giudice amministrativo.

[34] Ad esempio Corte cost., sent. n. 44/2016.

[35] V. almeno Corte cost., sentt. nn. 360/2003; 366/2007; 3/2010.

[36] V. Corte cost., sentt. nn. 41/2018; 74/2020.

[37] Ad esempio Corte cost., sent. n. 114/2000; con speciale riferimento alle prove nell'ambito del processo tributario v. Corte cost., sentt. nn. 103/1983; 283/1987.

[38] V. Corte cost., sent. n. 237/2012.

[39] V. ad esempio sul rito abbreviato Corte cost., sentt. nn. 333/2009; 139/2015.

[40] Sulle decisioni c.d. additive si dovrebbe necessariamente approfondire, tuttavia ragioni di spazio non consentono un'analisi completa. Per quanto può essere utile ai nostri fini ci si limita a ricordare che in tali pronunce la declaratoria di incostituzionalità colpisce la disposizione «nella parte in cui non prevede» un qualcosa, con conseguente aggiunta, da parte della sentenza, di un "frammento" alla norma oggetto del giudizio.

Tra i primi esempi di decisioni additive si può ricordare la sentenza n. 190/1970, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la disposizione che prevedeva la presenza del pubblico ministero all'interrogatorio dell'imputato, ma non del suo difensore. La ragione dell'incostituzionalità non risiedeva, evidentemente, in ciò che essa contemplava (ossia la presenza del p.m.), bensì in ciò che essa taceva: la (necessaria) presenza del difensore dell'imputato al medesimo interrogatorio. Così, il Giudice delle leggi proprio per il tramite di una "addizione" ha introdotto questo "frammento normativo", per così dire, mancante.

Altri esempi di pronunce nelle quali la Corte ha fatto ricorso a dispositivi additivi possono essere, fra i tanti, le sentt. nn. 317 e 333 del 2009. Nella prima, il Tribunale costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 175, comma 2 c.p.p., «nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato». Nella seconda, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 517 c.p.p., «nella parte in cui non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, quando la nuova contestazione concerne un fatto che già risultava dagli atti di indagine al momento di esercizio dell'azione penale».

mostra così una particolare cautela nel "mettere nella stessa frase" (o, forse più correttamente, "mettere nella stessa sentenza") i termini 'discrezionalità' e 'illegittimità'. Fuor di metafora, sembra che il Giudice delle leggi si ponga concretamente il problema della sindacabilità del merito delle scelte discrezionali nel particolare campo del processo e per questo sia decisamente restio ad agire superando *esplicitamente* la "barriera" rappresentata dalle *libere* scelte del Parlamento. Quasi mai, quindi, la Corte richiama la discrezionalità per poi andarne a sindacare l'esercizio, riconoscendone il ruolo di limite alla propria attività. Naturalmente questo non esclude a priori l'esistenza di casi in cui il Tribunale costituzionale possa anche aver superato tale confine, pronunciandosi su profili di merito che la Costituzione sembrerebbe precludergli. Tuttavia, che il Giudice delle leggi per lo meno si ponga il "problema della discrezionalità" e per questo sia decisamente prudente nello sconfinare apertamente in ambiti che gli sarebbero negati pare un dato di fatto. Sicché, la *discrezionalità* per la Corte sembra essere (quasi) sempre un argine difficilmente valicabile "alla luce del sole".

Dunque, potremmo riassumere quanto detto come segue. La Corte costituzionale nell'ambito processuale difficilmente si spinge a sindacare l'esercizio della discrezionalità da parte del legislatore in modo esplicito. Al tempo stesso, nel corso degli anni ha pian piano eroso quel limite attraverso l'utilizzo non solo del principio di ragionevolezza, ma anche dell'art. 24 Cost., nonché di pronunce a carattere variamente manipolativo.

A chi eccepisca la contraddittorietà di queste prime conclusioni si può rispondere che forse tale contrasto è più apparente che reale, in quanto sembrerebbe piuttosto esprimere le due opposte tensioni che convivono nell'attività della Corte (e che sono lo specchio di quanto emerso attraverso lo studio preliminare dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente).

§ II.2.2. – *I diversi "tipi" di pronunce*

Fissati questi primi punti è ora possibile procedere oltre per completare il quadro che abbiamo iniziato a delineare. È dunque giunto il momento di spostare più approfonditamente l'attenzione sulle pronunce nelle quali il Giudice delle leggi ritiene di non poter accogliere la questione prospettatagli per l'esistenza di una insindacabile discrezionalità del legislatore. Come anticipato, il numero di decisioni di rigetto e inammissibilità è notevolmente alto, e parallelamente sono molti anche i *tipi* di pronunce e di dispositivi che ritroviamo. Proprio per questo motivo è opportuno svolgere una rapida ricognizione generale sul-

le tipologie decisorie delle pronunce della Corte costituzionale[41] per poi poter valutare se tali tipi possano essere – ed eventualmente fino a che punto – ricondotti a sistema.

Dal punto di vista *formale*, le decisioni della Tribunale costituzionale possono assumere la veste della sentenza e dell'ordinanza. Secondo l'art. 18 della legge n. 87 del 1953, infatti, la Corte «giudica in via definitiva con sentenza», mentre «tutti gli altri provvedimenti di sua competenza sono adottati con ordinanza», la quale deve essere – secondo il comma 4 dell'art. 18 – «succintamente motivata». La distinzione tra sentenza e ordinanza fondata sul carattere definitivo o meno della decisione assume, peraltro, valore solo tendenziale. Difatti tale regola risulta espressamente derogata dall'art. 29 della stessa legge n. 87 del 1953, che fa riferimento all'«ordinanza con la quale è dichiarata la manifesta infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità», pur essendo questa una decisione ovviamente definitiva.

Nell'ambito delle decisioni che definiscono il giudizio, si usa tradizionalmente distinguere tra pronunce processuali e pronunce di merito. Con le prime la Corte si limita a rilevare come motivi di ordine procedurale le impediscano di verificare il merito dell'eccezione di costituzionalità, cosicché il problema della fondatezza o infondatezza della questione sollevata dal giudice *a quo* rimane impregiudicato. Con le seconde, invece, giunge ad esaminare nel merito la questione di costituzionalità, che potrà quindi essere dichiarata fondata o infondata. In una simile prospettiva, la decisione di inammissibilità è utilizzata quando ad essa è preclusa la seconda strada e tra i motivi che possono essere addotti in tal senso quello che interessa in questa sede riguarda proprio il fatto che la questione coinvolga scelte discrezionali spettanti esclusivamente al legislatore[42]. Il rispetto della discrezionalità del legislatore costituisce, in altre parole, un limite alle possibilità di intervento del Collegio che, di fronte ad una questione che presenta, anziché un'unica soluzione costituzionalmente imposta[43], una pluralità di possibili soluzioni costituzionalmente compatibili, ne dichiara l'inammissibilità.

---

[41] Quanto diremo seguirà lo schema espositivo di M. Bellocci, T. Giovannetti (a cura di), *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria*, Roma, Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010 consultabile al *link https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20219_Tipologia_decisioni.pdf*.

[42] V. almeno Corte cost., sent. n. 198 del 2009 («Né è chiaramente possibile a questa Corte, al di là della circostanza che neppure il *petitum* contenuto nelle ordinanza di rimessione lo richiede, intervenire addirittura modificando i requisiti di assoggettabilità al fallimento, essendo ciò, senza alcun dubbio, rimesso alla libera determinazione del legislatore»).

[43] Le cosiddette "rime obbligate", secondo la nota espressione di Crisafulli (V. Crisafulli, *La Costituzione ha vent'anni,* in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale e realtà sociale*, Bologna, il Mulino, 1978, 84; Idem, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, *La Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1984, 497).

Una variante della decisione di inammissibilità semplice è rappresentata dalle pronunce di *manifesta* inammissibilità, con cui la Corte sottolinea come l'eccezione di costituzionalità risulti di facile e pronta soluzione (nel senso, appunto, dell'inammissibilità). Nonostante questo, le ragioni che la inducono ad optare per questa soluzione (ossia della formula della inammissibilità *manifesta*, in luogo della inammissibilità semplice) non sono sempre esattamente rilevabili, giacché i motivi che impediscono al giudice delle leggi di entrare nel merito della questione sono i medesimi in entrambe le ipotesi[44].

Con le decisioni di infondatezza, invece, la Corte esclude la sussistenza del vizio di costituzionalità nei limiti in cui esso è stato denunciato dal giudice rimettente: ciò significa che la dichiarazione di rigetto si riferisce alla questione di legittimità costituzionale così come essa è stata proposta dal giudice *a quo*, senza conferire alla disposizione impugnata alcuna "patente" di costituzionalità. Vale a dire che la disposizione già oggetto di una pronuncia di rigetto può essere nuovamente sottoposta all'esame del Tribunale costituzionale ed eventualmente da questo riconosciuta illegittima in relazione a parametri o sotto profili diversi. Tale decisione, infatti, preclude al giudice che ha sollevato la questione dichiarata infondata di riproporla nell'ambito del medesimo giudizio, ma non esclude che altri giudici, o lo stesso giudice nel corso di altri giudizi, la risollevino negli stessi termini: si afferma che le decisioni di rigetto hanno – a differenza di quelle di accoglimento dotate di effetti *erga omnes* – efficacia *inter partes*. E non si può escludere che una questione già ritenuta infondata possa, magari a distanza di anni ed a seguito di mutamenti del quadro normativo o della coscienza sociale[45], essere accolta.

Al pari di quanto si è visto accadere con riferimento alle pronunce processuali di inammissibilità, anche per quanto riguarda le decisioni di rigetto nel merito il Giudice delle leggi può giungere ad una dichiarazione di manifesta infondatezza della questione. Un'eventualità del genere è espressamente prevista dall'art. 29 della legge n. 87 del 1953,

[44] «[D]eve in definitiva desumersi che la Corte costituzionale, per ciò che attiene allo specifico problema della scelta delle formule con cui può dichiarare che non le è possibile passare all'esame del merito delle questioni sottoposte al suo esame, gode di un ampio spazio di azione, sì che il principio-base in materia sembra essere quello della libertà (se non, come diremo, delle *forme*) delle *formule* delle decisioni processuali» (M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, 33). Tuttavia, è opportuno ricordare che la dichiarazione di manifesta inammissibilità ha, sul piano formale e procedurale, la conseguenza di consentire alla Corte di pronunciarsi con ordinanza, anziché con sentenza, e di procedere in camera di consiglio, anziché in udienza pubblica.

[45] Uscendo per un attimo dalla materia processuale (sulla quale difficilmente si troverebbe esempi di tali casi) si riporta ciò che è avvenuto relativamente alla questione relativa alla disposizione del codice penale che prevedeva come reato soltanto l'adulterio della moglie e non anche quello del coniuge (art. 559 c.p.), questione dapprima dichiarata infondata (Corte cost., sent. n. 64/1961) e successivamente accolta (Corte cost., sent. n. 126/1968).

la quale fa riferimento all'ordinanza «con la quale è dichiarata la manifesta infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità», sebbene poi, anche qui, non sia agevole individuare con esattezza i presupposti che giustificano l'adozione di una decisione di infondatezza *manifesta* anziché *semplice*.

Da quanto visto, allora, l'inammissibilità (semplice o manifesta) sarebbe la logica conseguenza di un difetto di "giurisdizione" della Corte, che renderebbe impossibile una trattazione nel merito. Sicché non parrebbe praticabile altra soluzione che una pronuncia di rito.

Il problema è per noi di particolare interesse, in quanto si tratta di capire se l'impossibilità di decidere quando venga in considerazione la discrezionalità del legislatore attenga al *merito* o ad un *presupposto* per la sua stessa proposizione della questione. Dall'analisi delle pronunce non emerge tuttavia che la scelta del dispositivo consegua ad una precisa valutazione della Corte, la quale, in apparenza, sembrerebbe utilizzare in modo fungibile le pronunce di inammissibilità e quelle di infondatezza[46]. Essa «non ha mai mostrato eccessiva attenzione per gli aspetti tecnici delle formule impiegate nei dispositivi, ed ha anzi, spesso implicitamente, ma talvolta anche espressamente, postulato una sostanziale equivalenza fra l'una e l'altra formula»[47]. Sembrerebbe riscontrabile, però, un'eccezione. In particolare, si possono individuare (almeno) due differenti ipotesi[48] nelle quali il Tribunale costituzionale respinge le questioni di costituzionalità.

Nella prima il Giudice delle leggi non riscontra alcuna violazione della Costituzione (ritiene perciò la normativa impugnata legittima). Nella seconda, invece, riscontra una vera e propria impossibilità di pronunciarsi, in quanto dovrebbe adottare soluzioni (para-)normative[49] che, più correttamente, spetterebbero soltanto al legislatore (e, quindi, non tanto perché una disposizione costituzionale non risulti violata). Proprio la peculiare natura del processo costituzionale, infatti, consentirebbe un apporto soltanto "in negativo" a fronte del riscontro di una eventuale illegittimità.

Soltanto rispetto a questo secondo tipo di questioni è possibile notare una certa regolarità, nel senso di un utilizzo più costante delle decisioni di *inammissibilità*. Più nel dettaglio, circa il settanta per cento

[46] E. Rossi, *Corte costituzionale e legislatore nel periodo 1987-1989*, cit., 214 ss.; C. Capolupo, *Le decisioni di inammissibilità* e C. Capolupo, C. Rastrelli, *Le decisioni di infondatezza* entrambi in M. Scudiero, S. Staiano (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, Jovene, 1 ss. e 35 ss.

[47] M. Luciani, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984, 44.

[48] La distinzione è macroscopica e senz'altro molto schematica, tuttavia consente (nelle righe che seguono) di identificare una prima regolarità dell'atteggiamento della Corte rispetto ad uno dei due tipi.

[49] Quindi, in questo senso, "positive".

delle pronunce di inammissibilità che si sono rilevate riguarda casi in cui per sanare la presunta incostituzionalità sarebbe necessario un intervento additivo, o comunque una scelta tra una pluralità di possibili soluzioni (nessuna costituzionalmente obbligata), che spetterebbe esclusivamente al legislatore[50]. Pertanto, la questione sarebbe in questo caso improponibile come per una sorta di "difetto di giurisdizione"[51].

Dal punto di vista formale, poi, il dato che queste pronunce di inammissibilità siano solo per un terzo sentenze e per i restanti due terzi ordinanze sembra altrettanto difficile da spiegare, salvo osservare che con le prime è dichiarata l'inammissibilità *semplice*, mentre con le seconde l'inammissibilità *manifesta*[52]. Anche qui non sembra possibile ricavare una vera e propria regola, ma piuttosto solo una tendenza "di massima"[53]. Sembra che in queste tipologie di pronunce la Corte prediliga lo strumento dell'ordinanza quando si limita a richiamare argomentazioni già sviluppate nella motivazione di precedenti pronunce. In questi casi, quindi, essa privilegia l'ordinanza in quanto strumento più "snello" (sia nella forma che nelle procedure) per risolvere questioni sostanzialmente già trattate[54].

Nondimeno, non mancano anche pronunce di infondatezza relative a richieste additive, a conferma del rilievo secondo il quale la forma e la tipologia dei dispositivi non rispetta rigidamente regole predefinite, ma è frutto di creazione pretoria della Corte che ne ha modella-

[50] Così anche A. Cervati, rileva che «[s]e si esamina la giurisprudenza, si tratta per lo più di ipotesi [quelle dell'inammissibilità] per le quali l'accoglimento esigerebbe la formulazione di dispositivi additivi in presenza della possibilità di più scelte normative, tutte compatibili con la costituzione, oppure di questioni la cui soluzione imporrebbe comunque scelte politico-normative complesse, da articolare in più norme, che potrebbero perciò essere dettate solo dal legislatore» (*Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 129).

[51] Naturalmente non è possibile importare direttamente le categorie processualistiche nel processo costituzionale per le tante specificità che caratterizzano quest'ultimo. Tuttavia, quanto detto, potrebbe valere almeno come suggestione. Anzi si potrebbe quasi aggiungere che in questi casi si riscontri un *difetto assoluto di giurisdizione* come accade quando il giudice amministrativo ritiene di non potersi pronunciare perché la questione non è giustiziabile ed è di competenza della pubblica amministrazione (giacché in questo caso nessun giudice ha il potere di giudicare la controversia). Infatti, lo schema logico sembrerebbe essere lo stesso anche nel caso della Corte costituzionale che ritiene di non poter decidere in quanto perché la risoluzione della controversia richiede piuttosto un intervento di un diverso soggetto: il Parlamento. Lo si ribadisce, i termini 'giurisdizione' e 'competenza' non sono qui utilizzati nell'accezione specialistica che hanno nelle varie branche del diritto processuale, ma più semplicemente in modo atecnico, o al più, meramente evocativo.

[52] E. Rossi, *Corte costituzionale e legislatore nel periodo 1987-1989*, cit., 219.

[53] Tuttavia, si sottolinea che «la prassi giurisprudenziale è caratterizzata dall'impiego motivato e promiscuo, della sentenza e dell'ordinanza per dichiarare inammissibile una questione, il che rende del tutto insicuro ed inaffidabile il ricorso al criterio formale» (L. Carlassare, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 33).

[54] In altri termini la inammissibilità è *manifesta* perché la questione ricalca un caso già deciso, e proprio per questo motivo è di facile e pronta soluzione.

to la tipologia in base ad esigenze contingenti[55]. «Proprio questo parto giurisprudenziale spiega come il confine tra le pronunce processuali si tracci attraverso continue messe a punto della giurisprudenza e pertanto sia, e sia stato, piuttosto cangiante»[56]. In sintesi, si può sostenere che rispetto alle richieste di pronunce additive la risposta del Giudice costituzionale sia una tendenziale dichiarazione di inammissibilità (nella maggior parte dei casi), tramite sentenza nel caso di questione nuova, con ordinanza nel caso in cui questioni simili siano state già risolte nello stesso modo.

Quanto alle pronunce di infondatezza, esse per la maggior parte dichiarano il *corretto* esercizio della discrezionalità del legislatore. Il che parrebbe presupporre l'esistenza di un parametro attraverso il quale verificare tale correttezza[57]. Anche qui non mancano le eccezioni ed è dato rinvenire pronunce di inammissibilità che entrano nel merito, seppur in numero decisamente minore. Segnatamente, dal punto di vista della formula utilizzata nel dispositivo si segnala che per lo più la infondatezza è quasi sempre *manifesta,* ma non sempre segue la forma dell'ordinanza (anche qui utilizzata di frequente per riportare precedenti ragionamenti sviluppati più compiutamente in altre pronunce cui la Corte ritiene di poter rimandare)[58].

Per concludere, possiamo così sintetizzare le risultanze relative alle tipologie di decisioni e di dispositivi adottati dal Tribunale costituzionale per respingere le questioni nelle quali affiori il problema della discrezionalità del legislatore. L'inammissibilità è dichiarata qualora sia richiesto un intervento additivo non costituzionalmente imposto. In una simile eventualità, come vedremo, non necessariamente viene presupposta la legittimità della norma, ma nulla si dice al riguardo[59]. Dunque, la pronuncia di rito viene ritenuta la più appropriata, in

[55] C. Salazar, *Le decisioni processuali: la restituzione degli atti al giudice a quo e le pronunce di inammissibilità*, in Aa.Vv., *Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni*, in *Foro it*., n. 5/1998, 145.

[56] R. Basile, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, cit., 16.

[57] Tale parametro non sempre è esplicitato, ma talvolta si ricava implicitamente all'interno delle argomentazioni addotte.

[58] Questo dato, tuttavia, non sembra di particolare interesse e lo si riporta più per completezza e simmetria dell'esposizione che per reali esigenze argomentative.

[59] A dire il vero non di rado si dice eccome, sia della legittimità che dell'illegittimità, ma questo lo vedremo di seguito. A questo proposito v. anche A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, cit., 130: «Nei casi invece in cui si fa per lo più ricorso alla pronuncia di inammissibilità perché la soluzione della questione proposta dal giudice *a quo* involge scelte normative precluse alla Corte, non è tanto in discussione l'esistenza di parametri costituzionali (che non mancherebbero), quanto piuttosto degli strumenti creativi di diritto di cui può far uso la Corte costituzionale. La domanda del giudice *a quo* imporrebbe valutazioni globali di politica legislativa ed interventi complessi che, anche se ispirati al tentativo di attuare un pieno adeguamento della legislazione alle norme costituzionali, porrebbero comunque la Corte di fronte a scelte normative alternative che essa non considera obbligate».

quanto sarebbe la stessa struttura del processo costituzionale nonché, più in generale, il ruolo attribuito alla Corte nell'ordinamento a richiederla. In altre parole, sembra che del merito sia superfluo discorrere quando, comunque, nulla potrebbe fare il Giudice delle leggi con gli strumenti a sua disposizione[60].

Diverso è il caso in cui, viceversa, la Corte ritenga di poter valutare il corretto esercizio della discrezionalità del legislatore. In questa circostanza l'analisi è propriamente di merito (con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di scelta del dispositivo[61]) ed il Tribunale costituzionale non si limita a rimandare la questione sollevata alla competenza del legislatore, ma anzi valuta la legittimità "caso per caso". Sembra quindi un problema, più che altro, relativo a quali parametri esso possa utilizzare e quindi a quanto possa diventare penetrante il suo sindacato. Ebbene, per svolgere queste considerazioni dovremmo ora occuparci direttamente delle diverse motivazioni utilizzate dalla Corte (indipendentemente dai dispositivi poi adottati, di cui si è già detto in queste pagine)[62].

§ II.2.3. – *Le diverse motivazioni*

Venendo alle argomentazioni più ricorrenti è possibile identificare tre macro-categorie generali (che, come vedremo, probabilmente potranno ridursi a due soltanto), all'interno delle quali si possono in-

[60] Per ora basti così, nel paragrafo successivo andremo ad analizzare più approfonditamente i vari tipi di motivazioni per verificare l'eventuale tenuta di queste prime conclusioni.

[61] Già si è detto di tutte le eccezioni, e quindi del perché queste considerazioni non possono ritenersi una vera e propria regola, ma soltanto ulteriori indizi che contribuiscono a segnalarci l'approccio della Corte rispetto alla discrezionalità del legislatore.

[62] Conclusioni tutto sommato analoghe in C. PIPERNO, *La Corte costituzionale e il limite di* political question, (Milano, Giuffrè, 1991, 160) quando si afferma che «In entrambi i casi anzitutto la Corte pronuncia un *non possumus*: nell'inammissibilità essa è posta di fronte ad un quesito che non le è consentito risolvere, l'autorità rimettente denunzia un'incostituzionalità che non può trovare rimedio in sede giurisdizionale e, dunque, l'ordinanza di rimessione fuoriesce del tutto dal quadro dei poteri dell'organo il cui intervento è stato sollecitato; nell'infondatezza il giudice costituzionale non rinviene spazi per il proprio operato, poiché ritiene che il legislatore abbia usato di poteri riconosciutigli dalla Costituzione». Per poi aggiungere che «non ostante la loro apparente fungibilità la Corte sembra ricorrere all'inammissibilità ogni qual volta intenda affermare l'assolutezza della propria incompetenza, non potendo assumere quella funzione normativa, discrezionale, il cui esercizio sarebbe invece necessario per comare la lacuna derivante dall'eventuale accoglimento della questione di legittimità. L'infondatezza invece, viene adottata alla luce di una valutazione sostanzialmente positiva in ordine alla conformità costituzionale della normativa dedotta in giudizio, il che non esime la Corte, anche in questi casi dal poter rilevare, se ne rinviene i termini, i margini riservati alla discrezionalità legislativa, che possono aver contribuito a farle scegliere un determinato strumento decisionale» (166). Tuttavia, riconosce anche che «ha un fondamento la lettura delle sentenza di inammissibilità e dei alcune di infondatezza come unico "genus" attraverso il quale la Corte tenta di manifestare la propria esigenza di autolimitazione» (166).

dividuare una pluralità di sottocategorie. Per facilitare la lettura procederemo allora con un'analisi "per punti", così da poter avanzare nel discorso con maggior ordine e chiarezza.

A) Con una prima serie di pronunce, la Corte respinge la questione di costituzionalità sulla base dell'assunto per cui l'accoglimento richiederebbe una sentenza additiva. Le argomentazioni sono differenti, ma tutte sostanzialmente assimilabili: talvolta si rileva che l'addizione sarebbe possibile soltanto scegliendo tra due (o più) opzioni alternative con una decisione che spetterebbe al legislatore soltanto, talaltra invece si afferma che la soluzione non si impone come costituzionalmente obbligata (con evidente riferimento alle crisafulliane "rime obbligate")[63].

Riguardo a questo tipo di pronunce occorre però ulteriormente distinguere. Vi sono dei casi, infatti, in cui viene riconosciuta l'illegittimità costituzionale della norma impugnata, ma non si procede al suo annullamento. Il motivo risiede sostanzialmente nel fatto che in questi casi la Corte reputa che annullare la legge sarebbe un danno maggiore che lasciarla in vigore anche se incostituzionale. Dunque, l'incostituzionalità è sì accertata, ma non è dichiarata, anzi la questione è respinta (quasi sempre tramite una pronuncia di inammissibilità, come abbiamo visto), in ossequio al principio della discrezionalità del legislatore[64]. Tali modalità operative hanno indotto parte della dottrina[65] a ritenere queste decisioni segnali di una sostanziale rinuncia della Corte a svolgere la propria funzione di "custode della Costituzione". Senonché, in queste ipotesi si riscontra quasi sempre la formulazione di un *monito* al legislatore. Il Giudice delle leggi, quindi, se non ritiene di poter intervenire apertamente su questioni che toccano piuttosto problemi di «lege ferenda» o di «politica legislativa»[66] non rinuncia a "richiamare" il legislatore, in alcuni casi minacciando anche un suo ulteriore

[63] È stata correttamente segnalata una possibile variante, ossia qualora il giudice *a quo* abbia del tutto omesso (o non sufficientemente motivato) la richiesta di una specifica soluzione normativa. Questo secondo tipo di motivazione, tuttavia, parrebbe più che altro utilizzato "*ad abundatiam*" rispetto alle motivazioni del primo tipo. Infatti, se anche il giudice individuasse una decisione preferita (o preferibile) la Corte potrebbe sempre ritenerla "fuori dalle proprie competenze". Per questo motivo sembrano di esclusivo interesse le prime (E. Rossi, *Corte costituzionale e legislatore nel periodo 1987-1989*, cit., 218).

[64] Così anche A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, cit., 134: «La Corte costituzionale in alcune ipotesi, pur non ritenendo fuori luogo rivolgere inviti al legislatore perché realizzi un pieno adeguamento a costituzione del diritto vigente, ritiene addirittura inammissibile la questione proposta perché il suo accoglimento imporrebbe scelte di tipo legislativo».

[65] G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988, 305.

[66] Così Corte cost., sent. n. 58/1973.

intervento[67] (qualora dovesse perdurare l'inerzia rispetto alla richiesta di modifica o di introduzione di una certa disciplina).

In proposito è stato causticamente rilevato che «se i moniti sono efficaci la discrezionalità (del legislatore) è limitata», viceversa «se la discrezionalità non è limitata, i moniti sono inutili»[68]. E per comprendere un poco meglio la possibile efficacia dei moniti può esserci d'aiuto ripercorrere una vicenda decisamente significativa, seppur risalente. La questione riguardava la pubblicità delle udienze davanti alle commissioni tributarie. In un primo momento il Tribunale costituzionale dichiarò l'infondatezza della questione[69], ritenendo il necessario intervento modificativo di competenza del legislatore (Corte cost., sent. n. 212/1986). Tuttavia, nelle motivazioni già trapelavano argomenti sintomatici di una forte propensione all'accoglimento[70]. Con l'ordinanza n. 378/1988, pur dichiarando la manifesta infondatezza si avvertiva ancor più chiaramente che «qualora la questione dovesse essere nuovamente sottoposta all'esame di questa Corte, nonostante le "gravi conseguenze" già paventate nella predetta sentenza n. 212 del 1986, l'adeguamento del processo tributario al principio di cui all'art. 101 Cost. sarebbe inevitabile». Moniti efficaci o vuote minacce? Ci aiuta a dare una risposta più consapevole la sentenza n. 50/1989 con la quale l'anno successivo la Corte dichiara l'incostituzionalità della normativa impugnata chiudendo definitivamente la vicenda[71]. Si può con-

[67] V. Corte cost., sent. n. 125/1992, § 5 *Considerato in diritto*: «L'illustrata disarmonia della norma impugnata rispetto ai principi costituzionali dianzi richiamati non può però condurre all'accoglimento della questione, dato che questa, secondo l'impostazione dell'ordinanza di rimessione, si risolve nella richiesta di una pronuncia additiva che modifichi le condizioni per la concessione ai minori delle misure dell'affidamento in prova al servizio sociale e della semilibertà. È evidente, infatti, che la scelta delle diverse modalità non può che essere rimessa alla discrezionalità del legislatore, data la possibilità, al fine di condurre la normativa a coerenza costituzionale, di una pluralità di soluzioni, rinvenibili o ponendo limiti diversi da quelli ora previsti, per tutte o solo per talune delle misure alternative, o risolvendo il problema nell'ambito di una più organica regolamentazione della materia che consideri anche la disciplina della liberazione condizionale relativa ai minori. Stante questa impostazione del "*petitum*", la questione non può che essere dichiarata inammissibile. D'altra parte, una pronunzia interamente caducatoria della norma condurrebbe ad un vuoto legislativo dei cui effetti la Corte ritiene di dover tener conto, posto che essi, allo stato, inciderebbero sulla stessa possibilità per i minori di usufruire delle misure alternative alla detenzione. Ma a tale conclusione si dovrebbe pur sempre giungere – non potendosi mantenere più a lungo nell'ordinamento una norma ai limiti della incostituzionalità – ove il legislatore non provvedesse tempestivamente a varare una normativa in materia, conforme ai principi costituzionali, alla luce dei criteri sopraindicati».

[68] G. Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1982, 141.

[69] Ossia relativa alla legittimità della norma che escludeva la pubblicità delle udienze davanti alle commissioni tributarie (art. 39 d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636).

[70] È decisamente emblematico il monito in finale di motivazione: «è assolutamente indispensabile, al fine di evitare gravi conseguenze, che il legislatore prontamente intervenga onde adeguare il processo tributario all'art. 101 Cost., correttamente interpretato».

[71] «Non può più procrastinarsi la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 39, primo comma, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, nella parte in cui esclude l'applicabilità

cludere, allora, che il Giudice delle leggi non esiti a passare "dalle parole ai fatti" anche quando ritenga che sia il legislatore a dover agire (seppur, come visto, ricordandogli prima la necessità di provvedere). Tuttavia, si deve riconoscere che sebbene i moniti possano considerarsi una concreta "spia" di un intervento del Tribunale più o meno prossimo (in quanto dipendente anche dalla proposizione dell'incidente di costituzionalità), nell'ambito processuale difficilmente si mostrano così precisi da limitare significativamente la discrezionalità del legislatore.

Da non confondere con i casi appena visti sono invece quelli in cui viene respinta una questione di costituzionalità con il contestuale riconoscimento dell'esistenza di soluzioni *migliori* in quanto più idonee a perseguire i fini costituzionalmente imposti. In particolare, ciò accade quando si prospetta la possibilità che una diversa regolamentazione di istituiti processuali possa *meglio* perseguire il programma costituzionale e nello specifico le finalità poste dall'art. 24 Cost.[72]. Il Giudice delle leggi non ritiene, infatti, tale condizione sufficiente per dedurre l'incostituzionalità della normativa impugnata che a quella finalità è comunque diretta[73]. «Il fatto che una legge dia un'attuazione solo parziale alla disposizione costituzionale non costituisce dunque una patologia del sistema, bensì una "tara fisiologica" della realtà giuridica»[74]. Le differenze sono evidenti: non c'è nessuna illegittimità qui, semplice-

dell'art. 128 del codice di procedura civile (principio della pubblicità delle udienze) ai giudizi tributari di primo e secondo grado».

[72] Quanto affermato evoca la ricostruzione di R. Alexy dei principi come *precetti di ottimizzazione*. Secondo l'A., infatti, «i *principi* (*Prinzipien*) sono norme che prescrivono che qualcosa è da realizzare nella misura più alta possibile relativamente alle possibilità giuridiche e fattuali. I principi sono, secondo questa definizione, *precetti di ottimizzazione* (*Optimerungsgebote*), caratterizzati dal fatto che possono essere realizzati in gradi diversi e che la misura prescritta della loro realizzazione dipende non solo dalle possibilità fattuali, ma anche dalle possibilità giuridiche. L'ambito delle possibilità giuridiche è determinato attraverso principi e regole collidenti. Al contrario, le regole (*Regeln*) sono norme che possono essere sempre realizzate o non realizzate. Se una regola è valida allora è obbligatorio fare esattamente ciò che essa richiede, né più né meno. Le regole contengono, perciò, *determinazioni* (*Festsetzungen*) nello spazio di ciò che è fattualmente e giuridicamente possibile. Questo significa che la distinzione tra regole e principi è una distinzione qualitativa e non di grado. Ogni norma o è una regola o è un principio» (R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012, 106-107, corsivi dell'Autore). Sui principi e il loro bilanciamento la letteratura è sterminata, ma si consenta qui, di rimandare almeno anche a R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.

[73] Corte cost., sent. n. 114/1964: «Diversa questione, e non di legittimità costituzionale, è quella della adeguatezza di tale disciplina al fine garantito dalla Costituzione. *De lege ferenda* e da un punto di vista di politica legislativa può anche auspicarsi una diversa e migliore disciplina della difesa dei non abbienti; ma dall'opinione che un diverso ordinamento del servizio potrebbe meglio corrispondere alle finalità dell'art. 24 della Costituzione non si può trarre l'induzione della incostituzionalità dei mezzi ora esistenti, che a quelle finalità sono ugualmente diretti». Ma cfr. anche Corte cost., sentt. nn. 97/1970 e 149/1972; 58/1973.

[74] R. Basile, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale,* cit., 102.

mente "si può fare di meglio". Dunque, si può dire che addizioni o modificazioni "migliorative" siano fuori dal campo d'azione della Corte[75].

B) Al secondo gruppo di pronunce si possono ricondurre quelle decisioni che dichiarano l'infondatezza o l'inammissibilità trattando comunque nel merito la questione, seppur talvolta con motivazioni che parrebbero piuttosto mere affermazioni apodittiche, e non vere e proprie argomentazioni. All'interno di questo gruppo possono identificarsi tre diverse sottocategorie che ci si appresta ora ad analizzare.

B1) In una prima serie di pronunce per dichiarare l'infondatezza la Corte si limita ad affermare che la «determinazione […] è il risultato di una valutazione discrezionale»[76], e pertanto essendo l'oggetto della questione l'eventuale «uso non idoneo della discrezionalità legislativa […] la Corte può perciò astenersi dal discutere»[77]. Qui la discrezionalità rappresenta un vero e proprio limite invalicabile, tanto che, considerando anche le argomentazioni adottate dal Giudice delle leggi, lo strumento più in linea con la motivazione sembrerebbe quasi la pronuncia di inammissibilità, piuttosto che quella di rigetto (che quasi non sfiora il merito della questione). Abbiamo tuttavia individuato soltanto due pronunce di questo tipo, e per di più risalenti ai primi anni di attività della Corte (per questo non sorprende che il suo approccio sia particolarmente cauto in quanto si muove in una "zona di confine").

B2) In un'altra serie di pronunce, che pare avere molti punti in contatto con la precedente, il Tribunale costituzionale respinge le questioni di costituzionalità sulla base della mancanza di un parametro

[75] Da questo si evince che non è accolta in questi casi la ricostruzione di R. Alexy dei principi come '*precetti di ottimizzazione*' (di cui in nota *supra*, ma v. più diffusamente R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 101-137), secondo la quale il legislatore deve ottimizzare al massimo grado il principio a meno che non ci siano altri principi o norme o condizioni di fatto che giustifichino la sua diversa scelta.

Si noti poi che, sempre secondo l'A., se il principio è inteso isolatamente, e quindi non in relazione ad altri principi «diventa da precetto di ottimizzazione (*Optimmierungsgebot*) precetto di massimizzazione, connesso solo alle possibilità fattuali. Ciò porta alla riflessione generale per cui i principi, da soli o isolatamente, cioè osservati indipendentemente dalla loro relazione con altri principi, hanno il carattere di precetti di massimizzazione. Si potrebbe pertanto pensare di definire i principi come precetti di massimizzazione anziché come precetti di ottimizzazione. Tale definizione, tuttavia, non coglierebbe la relazione costitutiva per i principi di stare con altri principi» (*ivi*, 112, nota 37; aspetto sottolineato già da F. Pedrini, *Clausole generali e principi costituzionali*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 29 giugno 2015, 30-33, spec. 32, ma più diffusamente in F. Pedrini, *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2013, 225).

In sintesi, la Corte sostiene che soltanto la possibilità astratta di poter "fare di meglio" per realizzare il principio non costringe il legislatore a farlo, come invece sosterrebbe R. Alexy.

[76] Corte cost., sent. n. 56/1963.

[77] Corte cost., sent. n. 45/1963.

idoneo a valutare l'operato del legislatore. In apparenza, quindi, sembrerebbe che la discrezionalità del Parlamento sia totalmente libera (si tratta delle materie costituzionalmente indifferenti o, per dirla con Pizzorusso, *praeter constitutionem*). I temi più ricorrenti oggetto delle pronunce suddette sono sostanzialmente i seguenti: la composizione del collegio giudicante[78], il parallelismo tra giudizi diversi[79], la giurisdizione[80], la competenza[81], i termini[82] e la Corte pare riconoscere l'esercizio della discrezionalità come totalmente insindacabile. Tuttavia, le cose non sembrano stare esattamente così. Nell'ambito delle questioni inerenti alla giurisdizione[83] e alla competenza[84], ad esempio, abbiamo trovato anche sentenze di accoglimento; inoltre, quanto alla disciplina sui termini[85] vi sono numerose altre decisioni nelle quali il Giudice delle leggi valuta *nel merito* l'esercizio della discrezionalità del legislatore verificando la ragionevolezza e non arbitrarietà della disciplina (ma lo stesso accade, ancora, per questioni inerenti alla competenza[86] e alla giurisdizione[87]).

[78] V. ad esempio, Corte cost., ord. n. 10/1994 («l'esistenza di una insindacabile discrezionalità legislativa in questa materia va ribadita nel presente giudizio, nel quale le censure rivolte alla normativa che regola la composizione della Sezione per i minorenni della Corte d'appello sono frutto di valutazioni di merito sulla "ottimale" composizione dell'organo giurisdizionale e sulla "migliore" destinazione del magistrato ritenuto eccedente nel collegio»); ma anche ordd. nn. 395/1994; 590/1988.

[79] V. ad esempio, Corte cost., sent. n. 82/1996 («il legislatore può regolare in modo non rigorosamente uniforme i modi della tutela giurisdizionale a condizione che non siano vulnerati i principi fondamentali di garanzia ed effettività della tutela medesima (sentenze n. 251 del 1989; n. 38 del 1988; n. 49 del 1979)»); ma anche sentt. nn. 406/1998; 203/2003; 180/2004; ordd. nn. 217/2000; 286/2003.

[80] V. ad esempio, Corte cost., sent. n. 773/1988 («La necessità, a tal fine, di apposite "valutazioni e deliberazioni" rientranti nella discrezionalità del legislatore (sent. n. 102 del 1977), discende dal fatto che le questioni sul riparto della giurisdizione involgono scelte in ordine a diversi regimi della responsabilità e del giudizio, tali da "comportare effetti diversi nei riguardi tanto dei responsabili che dei soggetti danneggiati": sicché soltanto al potere legislativo "può spettare di valutare se e quali siano le soluzioni più idonee alla salvaguardia dei pubblici interessi insiti nella materia de qua"»); ma anche ordd. nn. 140/2001; 525/2002 sul riparto giudice ordinario – giudice amministrativo.

[81] Cfr., Corte cost., sent. n. 349/2000.

[82] Cfr., Corte cost., ordd. nn. 397/2000; 53/2002.

[83] Cfr., Corte cost., sent. n. 204/2004.

[84] Cfr., Corte cost., sent. n. 44/2016.

[85] V., ad esempio, Corte cost., sent. nn. 234/1974; 161/2000 («Ciò posto, va osservato che le determinazioni circa la fissazione dei termini processuali rientrano nella piena discrezionalità del legislatore, con il solo limite della ragionevolezza (sentenze numeri 134 del 1985 e 121 del 1984). Né l'intrinseca irrazionalità di un termine ritenuto eccessivamente breve può essere stabilita in astratto, fissando una "soglia minima generale", valida per tutti i procedimenti contenziosi, ma deve essere valutata caso per caso, considerando le speciali caratteristiche di ogni singolo procedimento (sentenza n. 126 del 1971)»); ord. n. 462/2006.

[86] Cfr., Corte cost., sentt. nn. 72/1976; 42/1996 423/1997; 451/1997; 78/2002; ordd. nn. 139/1997; 240/2000; 48/2002; 459/2002; 193/2003; 109/2006.

[87] V. ad esempio, Corte cost., sent. n. 228/1998 («Questa Corte ha avuto più volte occasione di affermare che rientra nelle valutazioni discrezionali del legislatore non solo la conformazione generale degli istituti processuali, ma anche, in particolare, la determinazione delle competenze e la ripartizione della giurisdizione, purché effettuate nei limiti della ragionevolezza (tra le tante, sentenze nn. 451 del 1997, 429 del 1991, 193 del 1987; ordinan-

Rimangono pertanto solo la composizione dei collegi giudicanti e la disciplina dei diversi procedimenti (che si ritiene possa essere differenziata a seconda della materia). Per quanto concerne quest'ultimo caso si può fare un'osservazione ulteriore. In tali questioni, infatti, sempre il giudice *a quo* pone l'accento sulla presunta mancanza di corrispondenza tra istituti[88], termini o più in generale discipline che ritiene simili e pertanto da regolamentare nello stesso modo, pur facendo parte di ordinamenti (ma anche soltanto fasi) processuali differenti. Dunque, è evidente che si ipotizza la violazione del principio di uguaglianza tramite la comparazione di situazioni che si ritengono assimilabili. La risposta della Corte è molto chiara: non esiste un principio che richieda obbligatoriamente siffatti parallelismi[89], per cui si nega (proprio) l'esistenza di un autentico *tertium comparationis* idoneo a procedere a tale giudizio[90], confermando quanto si è detto rispetto all'accezione dell'art. 3 Cost. utilizzata per valutare la costituzionalità della normativa processuale che, infatti, è sempre di razionalità-ragionevolezza[91].

Detto ciò, tornando alle riflessioni principali, l'assenza di un richiamo esplicito ad un parametro non sembra che possa considerarsi conclusiva per escludere che non vi sia stata una verifica (anche solo implicita) della compatibilità della normativa impugnata con la Costituzione. Non può dirsi quindi che ci si trovi di fronte a "zone franche" insindacabili.

B3) Quanto detto ci porta all'ultima categoria di decisioni, che senz'altro è la più ampia. In questi casi la Corte motiva la infondatezza o inammissibilità sostanzialmente sulla base di una valutazione positiva sul *corretto* esercizio della discrezionalità del legislatore. Di conseguenza, (almeno) un parametro per valutare tale attività esiste (e lo

ze nn. 139, 63 e 7 del 1997)»); ordd. nn. 62/1982; 257/1995; 245/2000; 414/2001; 439/2002; 46/2008.

[88] Così Corte cost., sent. n. 180/2004: «il principio di eguaglianza non comporta che istituti tra i quali si riscontrino differenze anche rilevanti non possano avere per alcuni profili comunanza di disciplina. Non vale quindi, al fine di dedurre l'irragionevolezza della norma denunciata, richiamare le decisioni di questa Corte con le quali è stato ritenuto che tra il procedimento di cui agli articoli 633 e seguenti cod. proc. civ. e quello regolato dall'art. 186-*ter* cod. proc. civ. esistono rilevanti diversità funzionali, sicché l'uno non può costituire *tertium comparationis* riguardo all'altro».

[89] Infatti, «secondo la costante giurisprudenza della Corte, il legislatore può nella sua discrezionalità prevedere differenziate tipologie di procedimenti, in ragione di esigenze che le giustifichino, non essendo costituzionalmente tenuto ad una costante uniformità di disciplina» (Corte cost., sent. n. 203/2003).

[90] In altri termini, non ha più spazio il giudizio triadico caratteristico del principio di uguaglianza-ragionevolezza), ma viene valutata la ragionevolezza-razionalità della normativa considerata in sé stessa.

[91] Così, per tutte, Corte cost., sent. n. 295/1995: «è da riconoscere al legislatore un'ampia potestà discrezionale nella conformazione degli istituti processuali, col solo limite della non irrazionale predisposizione di strumenti di tutela, pur se tra loro differenziati».

si esplicita) e rappresenta un vincolo vero e proprio che il legislatore non può superare. Il primo "limite" è individuato nell'art. 3 Cost.: la disciplina del processo si ritiene infatti libera, purché non si dimostri irrazionale, irragionevole o totalmente arbitraria. Tale ragionevolezza viene valutata talora "in sé", ma molto più spesso rispetto (o assieme) ad un altro criterio normativo di cui si è già dettò quando si è trattato delle sentenze di accoglimento: l'art. 24 Cost. Questo accade in particolar modo (e con particolare chiarezza) in alcuni specifici ambiti, come quello delle prove[92] o dei termini. In questi casi, infatti, la disciplina si considera ragionevole in quanto consenta di esercitare senza particolari ostacoli il diritto di difesa. Con specifico riguardo al termine, ad esempio, questo si considera senz'altro ragionevole a meno che non «si traduca comunque nella esclusione della effettiva possibilità di esercizio del diritto cui si riferisce, rendendola meramente apparente (sent. n. 80 del 1967) o, comunque, estremamente difficile (sentenze nn. 107 del 1963, 93 del 1962)»[93]. Più in generale può allora rilevarsi che il diritto di difesa è diventato il criterio principale attraverso il quale è valutata la ragionevolezza. In altri termini, la disciplina processuale è ragionevole in quanto consenta (anche) l'esercizio del diritto di difesa.

§ II.2.4. – *Alcune considerazioni*

Cerchiamo ora di trarre le prime conclusioni. Da quanto visto, sembra che la Corte ravvisi nella materia processuale l'esistenza di un limite non assoluto al giudizio di legittimità costituzionale, collocandosi questa in un ambito posto ai confini della sua competenza. Il superamento della linea di confine oltre la quale si collocano le prerogative riservate al legislatore è allora ravvisabile, anzitutto, qualora la normativa processuale si dimostri assolutamente irragionevole, ma non solo. Il controllo si è dimostrato più penetrante, concretizzandosi nella verifica circa l'uso della discrezionalità in modo conforme alle altre garanzie e ai diritti garantiti in Costituzione. In particolare, il controllo si è esteso al diritto di difesa, il quale senz'altro può essere

[92] Corte cost., sent. n. 94/1973 («"il solo fatto della esclusione di un mezzo di prova, come quello della testimonianza, non costituisce di per sé stesso violazione del diritto di difesa, ben potendo il legislatore in piena discrezionalità limitarne o escluderne l'ammissibilità" (sentenza n. 128 del 1972). In particolare (sentenza n. 112 del 1970 con richiamo dei precedenti) "l'esercizio del diritto di difesa deve sottostare alle delimitazioni suggerite, in relazione a singoli tipi di procedimento, dal coordinamento di norme dirette ad armonizzare reciprocamente la protezione di contrapposti diritti sostanziali". In altre parole, occorre che tali delimitazioni trovino nel sistema una loro razionale giustificazione»); ma cfr. anche sentt. nn. 120/1975; 159/1982; 351/1998; 394/2000 (sulla scelta del difensore); ordd. nn. 202/2004; 485/2002; 209/2004; 275/2004; 376/2007.

[93] Corte cost., sent. n. 234/1974.

regolato nel suo esercizio in maniera differenziata e adattata alle diverse esigenze, purché non ne siano pregiudicati lo scopo e le funzioni[94].

Nel caso invece di richieste additive, può dirsi tutto sommato consolidato l'indirizzo in base al quale la questione non debba essere affrontata nel merito, ma dichiarata direttamente inammissibile, essendo il *petitum* estraneo alle competenze della Corte[95]. Questo, tuttavia, non senza eccezioni, in quanto in taluni casi, ritenuti intollerabili (anche considerata l'eventuale perdurante inerzia del legislatore nonostante eventuali *moniti*) o costituzionalmente obbligati, il Giudice delle leggi ha ritenuto di poter intervenire direttamente, a discapito così della discrezionalità del legislatore. Tali situazioni si sono, per vero, riscontrate di rado, e questo può spiegarsi anche in base al fatto che proprio le caratteristiche della materia rendono non sempre agevole per la Corte l'intervento tramite una pronuncia manipolativa (che non risulti del tutto arbitraria, o comunque eccessivamente discrezionale). Non sempre infatti il sistema processuale presenta regole omogenee, e in particolar modo in specifici ambiti (si pensi a quello dei termini) le scelte del legislatore sono particolarmente difficili da sindacare e modificare senza mettersi in palese competizione con esso.

In sintesi, può ritenersi che la materia processuale, seppur certamente ai limiti della competenza della Corte, in quanto largamente lasciata alla regolamentazione discrezionale del Parlamento nonostante quanto dichiarato apertamente nella maggior parte delle pronunce non incontra *solo* il limite della ragionevolezza, ma anche quello del diritto di difesa, che in un certo senso ne diventa parte integrante. Detto altrimenti, una disciplina può certamente toccare e disciplinare il suddetto diritto attraverso la conformazione di istituti processuali di vario tipo, ma non può svuotarne il senso ultimo di garanzia, e nemmeno comprimerlo irragionevolmente. Soltanto gli interventi additivi sembrano esclusi dallo stesso Tribunale costituzionale, che ritiene tali questioni inammissibili, benché negli ultimi anni si sia assistito ad una lieve flessione che pare indicare un crescente interventismo anche in quell'ambito. Per questo motivo al momento non sembrano emergere solide ragioni che possano far ritenere la materia in esame esclusa dal sindacato di costituzionalità. Tuttavia, alcuni dubbi sembrano sorgere in due casi. Il primo relativo alle pronunce su questioni la cui soluzione imporrebbe comunque scelte politico-normative complesse da articolare in più norme. Il secondo, corrispondente alle ipotesi per le quali una decisione di accoglimento prevederebbe la formulazione di dispo-

[94] In questo senso F. Felicetti, *op. cit.,* 23-24.

[95] Come si preciserà subito, non sono sconosciute eccezioni. Tuttavia, le additive sono senz'altro adottate più di rado nella materia processuale rispetto ad altri contesti in quanto sarebbe riconosciuta una maggiore discrezionalità esercitabile dal legislatore.

sitivi additivi in presenza della possibilità di più scelte normative. In entrambi i contesti, infatti possiamo rinvenire gli estremi che rinviano comunque ad un'"altra autorità dello Stato"[96].

L'assonanza di questo tema con il limite di *political question* teorizzato in ambito statunitense è evidente. Ciò nondimeno, è certamente prematuro trattare questo aspetto a questo punto del ragionamento, anche solo considerando che non si è avuto modo di fornire ancora gli elementi minimi di suddetta dottrina (*infra* Cap. III, spec. §§ 1.; 1.1.; 1.2.; 1.3.; 1.4.; 1.5.) che si affronteranno soltanto nel prossimo capitolo e, quindi, al quale si rimanda sin da subito per un'analisi più approfondita delle analogie e delle differenze fra i due modelli argomentativi (*infra* Cap. III spec. §§ 2.; 2.1.). Per ora, ci si limita soltanto ad anticipare alcune prime impressioni (come tali, ancora povere quanto a motivazioni).

§ II.3. – *La discrezionalità del legislatore nella materia sanzionatoria*

Seguendo lo schema espositivo adottato nello studio sul versante del diritto processuale, è ora possibile trattare dell'altra materia che, con altrettanta frequenza, ha visto incrociare la sua strada con quella della discrezionalità del legislatore: la "materia *sostanzialmente* penale". Si ribadisce che, in realtà, si è deciso di prendere in considerazione non soltanto il penale "strettamente inteso", ma anche tutti quegli aspetti di altre discipline (e, in particolare, quella amministrativistica) che, almeno a livello *sostanziale*, ricalcano il paradigma del modello sanzionatorio penalistico (dalla determinazione astratta alle modalità della irrogazione concreta della pena-sanzione, passando per la stessa natura di quest'ultima). Si è ritenuto di adottare questa impostazione per diversi ordini di motivi, che possono essere ricondotti a due fondamentali. Il primo si basa su quanto emerso dall'analisi della giurisprudenza, dalla quale si evince che le argomentazioni utilizzate dalla Corte nelle decisioni esaminate spesso riproducono quelle utilizzate nel loro analogo penalistico[97]. Questo motivo, di per sé già sufficiente per giustificare tale scelta – alla luce della impostazione prettamente giurisprudenziale adottata in tutto il presente lavoro –, si accompa-

[96] C. Piperno, *op. cit.*, 168.

[97] Cfr. a questo proposito, sulla decurtazione dei punti della patente, Corte cost., ord. n. 204/2008 «con riguardo alla violazione dell'art. 3 della Costituzione, dedotta dallo stesso Giudice di pace, devono confermarsi le precedenti decisioni di questa Corte che hanno dichiarato la manifesta infondatezza della questione, relativamente ai parametri di cui agli artt. 2 e 3 Cost., specificamente riguardo all'irragionevolezza del trattamento sanzionatorio (decurtazione punti patente), atteso che l'individuazione delle condotte punibili e la scelta e la quantificazione delle relative sanzioni rientrano nella discrezionalità del legislatore (ordinanze nn. 45 e 169 del 2006)».

gna ad all'ulteriore rilievo che un simile ragionamento è accolto anche nel diritto europeo, nel quale, infatti, ci si disinteressa della qualificazione formale della sanzione (quindi, nel nostro esempio, se essa sia amministrativa o penale), ma se ne "va a vedere" la sostanza[98]. Non si

[98] Quanto detto certamente può ritenersi valido per la maggioranza dei casi ed in particolare, come vedremo, sulle questioni inerenti alla quantificazione e la previsione delle sanzioni. Tuttavia, il rapporto tra sanzione penale e amministrativa si complica (nel senso di non potersi ritenere naturalmente identico) ad esempio nelle questioni inerenti al principio di retroattività. A questo proposito si riportano i passi essenziali di due pronunce che, a titolo di esempio, mostrano come tale problema sia stato affrontato dalla Corte anche nel senso di sottolineare le differenze fra sanzione penale e sanzione amministrativa. Secondo la pronuncia Corte cost., sent. n. 43/2017: «La nozione di "sanzione penale" appartiene al novero di quei concetti che la Corte di Strasburgo ha elaborato, autonomamente rispetto agli ordinamenti nazionali, al fine di dare interpretazione e applicazione alla Convenzione. La giurisprudenza sui cosiddetti "criteri Engel", come è risaputo, si è sviluppata al fine di "scongiurare che i vasti processi di decriminalizzazione, avviati dagli Stati aderenti fin dagli anni 60 del secolo scorso, potessero avere l'effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie sostanziali assicurate dagli artt. 6 e 7 della CEDU (Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 febbraio 1984, Öztürk contro Germania)" (sentenza n. 49 del 2015). L'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale in virtù dei menzionati criteri trascina, dunque, con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo. Rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell'ambito di applicazione delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri. Ciò, del resto, corrisponde alla natura della Convenzione europea e del sistema di garanzie da essa approntato, volto a garantire una soglia minima di tutela comune, in funzione sussidiaria rispetto alle garanzie assicurate dalle Costituzioni nazionali. Detto diversamente, ciò che per la giurisprudenza europea ha natura "penale" deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la "materia penale"; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presídi rinvenibili nella legislazione interna».

Più precisamente sul problema della retroattività v. Corte cost., sent. n. 193/2016: «Con riferimento al caso in esame, va rilevato che – nell'affermare il principio della retroattività del trattamento sanzionatorio più mite – la giurisprudenza della Corte europea non ha mai avuto ad oggetto il sistema delle sanzioni amministrative complessivamente considerato, bensì singole e specifiche discipline sanzionatorie, ed in particolare quelle che, pur qualificandosi come amministrative ai sensi dell'ordinamento interno, siano idonee ad acquisire caratteristiche "punitive" alla luce dell'ordinamento convenzionale. L'intervento additivo invocato dal rimettente risulta, quindi, travalicare l'obbligo convenzionale: esso è volto ad estendere la portata del principio della retroattività della lex mitior al complessivo sistema sanzionatorio amministrativo, finendo così per disattendere la necessità della preventiva valutazione della singola sanzione (qualificata "amministrativa" dal diritto interno) come "convenzionalmente penale", alla luce dei cosiddetti criteri Engel (così denominati a partire dalla sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel e altri contro Paesi Bassi e costantemente ripresi dalle successive sentenze in argomento); criteri, peraltro, la cui applicazione, al di là di quello della qualificazione giuridica, sarebbe facilitata da ulteriori precisazioni da parte della Corte europea o dei singoli ordinamenti nazionali nell'ambito del margine di apprezzamento e di adeguamento che è loro rimesso. In definitiva, non si rinviene nel quadro delle garanzie apprestato dalla CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo, l'affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata, da parte degli ordinamenti interni dei singoli Stati aderenti, del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative. […] Invero, la scelta legislativa dell'applicabilità della lex mitior limitatamente ad alcuni settori dell'ordinamento non può ritenersi in sé irragionevole. A questo riguardo, va rilevato che la qualificazione degli illeciti, in particolare di quelli sanzionati in via amministrativa, in quanto espressione della discrezionalità legislativa si riflette sulla natura "contingente" e storicamente connotata dei relativi precetti. Essa giustifica, quindi, sul piano sistematico, la pretesa di potenziare l'effetto preventivo della comminatoria, eliminando per il trasgressore ogni aspettativa di evitare la sanzione grazie a possibili mutamenti legi-

vuole sostenere che non permangano delle differenze tra queste discipline[99], ma semplicemente che oramai sia assodato «il principio secon-

slativi. Il limitato riconoscimento della retroattività in mitius, circoscritto ad alcuni settori dell'ordinamento, risponde, quindi, a scelte di politica legislativa in ordine all'efficacia dissuasiva della sanzione, modulate in funzione della natura degli interessi tutelati. Tali scelte costituiscono espressione della discrezionalità del legislatore nel configurare il trattamento sanzionatorio per gli illeciti amministrativi e risultano quindi sindacabili da questa Corte solo laddove esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione». V. anche Corte cost., sent. n. 104/2014: «La questione sollevata con riferimento all'art. 25 Cost. è fondata. Benché il ricorrente evochi il principio tempus regit actum, dal contenuto della censura appare chiaro che in realtà lamenta la violazione del principio di irretroattività delle disposizioni che introducono sanzioni amministrative. L'esame di tale censura deve prendere le mosse dalla sentenza n. 196 del 2010 nella quale questa Corte ha affermato che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo formatasi sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava "il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto". Detto principio è peraltro desumibile anche dall'art. 25, secondo comma, Cost., "il quale – data l'ampiezza della sua formulazione ("Nessuno può essere punito […]") – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato" (sempre sentenza n. 196 del 2010). Analogo principio è sancito altresì dalla disciplina generale relativa agli illeciti amministrativi prevista dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale), la quale, all'art. 1, pone la regola per cui nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione; tale regola costituisce un principio generale di quello specifico sistema. L'art. 18 impugnato, nell'indicare le varie disposizioni da esso introdotte, le quali devono avere applicazione anche ai procedimenti in corso, richiama espressamente l'art. 11-ter della legge reg. n. 12 del 1999 introdotto dall'art. 12, comma 1, della legge reg. n. 5 del 2013. Tale disposizione prevede l'irrogazione della sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma di denaro da euro 1.800 a euro 6.000 per coloro che esercitino le attività commerciali di cui all'art. 4, senza aver presentato la SCIA. Assoggetta inoltre alla sanzione amministrativa del pagamento della somma da euro 800 a euro 3.000 coloro che non comunichino ogni variazione relativa a stati, fatti, condizioni e titolarità indicati nella SCIA entro trenta giorni dal suo verificarsi. La disposizione censurata, dunque, prevede la sanzione amministrativa anche per comportamenti posti in essere anteriormente alla sua entrata in vigore, in tal modo violando il principio di irretroattività sancito dall'art. 25 Cost.».

[99] Per altri profili problematici cfr. almeno sulla natura della confisca (tra misura di sicurezza e sanzione accessoria) v. Corte cost., sent. n. 196/2010: «Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto. Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione ("Nessuno può essere punito…") – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato. D'altronde, questa Corte non solo ha affermato che, per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto, sussiste "l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse" (sentenza n. 447 del 1988), ma anche precisato come la necessità "che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire" risulti pur sempre "ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione" (sentenza n. 78 del 1967). A ciò è da aggiungere che anche la disciplina generale relativa agli illeciti amministrativi depenalizzati – recata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale) – ha stabilito che "Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione" (art. 1, primo comma), dettando, così, una regola

do il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto»[100]. È possibile allora procedere oltre partendo sempre dai dati quantitativi (per verificare se e, eventualmente, in che misura, possano esserci utili per il nostro ragionamento), facendo seguire alcune considerazioni sui diversi tipi di pronunce e di motivazioni.

---

che si pone come principio generale di quello specifico sistema. Orbene, alla luce delle suindicate premesse, occorre verificare se l'ipotesi di confisca prevista dall'art. 186 del codice della strada – secondo la prospettiva indicata dal giudice remittente – costituisca una misura di carattere sanzionatorio e, dunque, se la sua applicazione retroattiva, ponendosi in contrasto con la descritta interpretazione che dell'art. 7 della CEDU ha fornito la Corte dei diritti dell'uomo, integri una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. Tale evenienza ricorre – nei limiti di seguito meglio precisati – nel caso di specie, donde la fondatezza, negli stessi limiti, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 186, comma 2, lettera c), del codice della strada. […] La natura essenzialmente sanzionatoria della confisca – prevista dall'art. 186 del codice della strada – deve essere affermata, innanzitutto, sulla base degli esatti rilievi formulati dal giudice remittente. Questi, difatti, sottolinea come la confisca che dovrebbe essere applicata nel giudizio a quo, al di là della sua qualificazione formale, presenti "una funzione sanzionatoria e meramente repressiva" e non invece preventiva. A tale conclusione il remittente perviene sulla base della duplice considerazione che tale "misura è applicabile anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile" (e, dunque, "privo di attuale pericolosità oggettiva") e che la sua operatività "non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva", sicché la misura della confisca si presenta non idonea a neutralizzare la situazione di pericolo per la cui prevenzione è stata concepita».

Sulla natura della sanzione dell'incandidabilità (e quindi ancora sui problemi relativa alla retroattività) v. Corte cost., sent. n. 276/2016: «l'art. 25, secondo comma, Cost. riferisce il principio di stretta legalità soltanto alla pena, disponendo che "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso". Anche con riguardo alle misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto questa Corte ha affermato che sussiste "l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse" (sentenza n. 447 del 1988), e ha inoltre precisato come la necessità "che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire" risulti pur sempre "ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione" (sentenza n. 78 del 1967). Da ultimo, ha affermato che il principio, desumibile dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo cui tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto è "desumibile anche dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione ("Nessuno può essere punito…") – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato" (sentenza n. 196 del 2010; nello stesso senso anche la successiva pronuncia n. 104 del 2014). Nondimeno, il principio di irretroattività valido per le pene e per le misure amministrative di carattere punitivo-afflittivo non è predicabile nei confronti delle disposizioni censurate, per la natura non punitiva di quanto in esse previsto. Prendendo in esame le stesse previsioni del d.lgs. n. 235 del 2012, questa Corte ha escluso che "le misure della incandidabilità, della decadenza e della sospensione abbiano carattere sanzionatorio", rappresentando esse solo "conseguenze del venir meno di un requisito soggettivo per l'accesso alle cariche considerate". La sospensione dalla carica, in particolare, "risponde ad esigenze proprie della funzione amministrativa e della pubblica amministrazione presso cui il soggetto colpito presta servizio" e, trattandosi di sospensione, costituisce "misura sicuramente cautelare" (sentenza n. 236 del 2015, la quale si colloca nel solco tracciato dalle precedenti sentenze n. 25 del 2002, n. 206 del 1999 e n. 295 del 1994)».

[100] Artt. 6 e 7 Cedu.

§ II.3.1. – *Le pronunce di accoglimento*

Per quanto riguarda le pronunce di accoglimento possiamo subito evidenziare che sono decisamente poche[101], ed in ciò possiamo notare già un primo parallelismo con quanto visto in tema di 'processo'. Questo dato, infatti, dal punto di vista "statico" può di nuovo mostrarci che la Corte, quando ritenga di evocare la discrezionalità del legislatore, quasi mai lo fa per accogliere una questione. È allora da vedere se tale atteggiamento sia stato costante ed omogeneo nel corso degli anni, oppure abbia subito incrementi o arresti che possano ritenersi in qualche modo significativi. Al riguardo, però, è possibile notare differenze rispetto alle pronunce di accoglimento sul processo in quanto, seppur anche qui si intuisca un leggero incremento delle decisioni di accoglimento, tale flessione può ritenersi tutto sommato relativa (soprattutto considerando il numero di pronunce emesse in totale negli stessi anni): si passa da un minimo di quattro nella decade 1980-1990[102], ad un massimo di poco più di dieci nel decennio 2010-2020. Anche considerando l'utilizzo dei parametri per dichiarare l'incostituzionalità, poi, non si è assistito ad un vero e proprio ampliamento, come invece avvenuto nell'ambito processuale. Più nel dettaglio, nella materia penale è l'art. 3 Cost. il parametro più frequentemente utilizzato dal Giudice delle leggi per sindacare l'esercizio della discrezionalità del legislatore. Possiamo anzi aggiungere che è quasi l'unico ad essere impiegato (saltuariamente accompagnato dall'art. 27 Cost.[103], ma i casi sono tutto sommato isolati). Abbiamo già accennato in altra sede dei motivi: il principio di uguaglianza, anche per il tramite della sua evoluzione giurisprudenziale, è diventato lo strumento più duttile per verificare l'operato del legislatore alla luce di criteri (ulteriori) come la razionalità o la ragionevolezza (anche intrinseca) della legge, per loro natura elastici[104]. Sul perché non si possa approfondire il punto si è già detto (*supra* § 2.1.), tuttavia, si ritiene comunque indispensabile cercare nuovamente di individuare almeno a grandi linee la concezione di uguaglianza utilizzata dal Tribunale costituzionale seppur al solo scopo di offrire

[101] Quaranta pronunce circa, a fronte delle più di trecento tra inammissibilità e infondatezza.

[102] Si consideri a questo proposito anche il blocco dell'attività della Corte a seguito del processo sul c.d. scandalo Lockheed.

[103] V. ad esempio Corte cost., sent. n. 73/2020 (che richiama espressamente la sent. n. 222/2018): «Il principio di proporzionalità della pena desumibile dagli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. esige insomma, in via generale, che al minor grado di rimproverabilità soggettiva corrisponda una pena inferiore rispetto a quella che sarebbe applicabile a parità di disvalore oggettivo del fatto, "in modo da assicurare altresì che la pena appaia una risposta – oltre che non sproporzionata – il più possibile "individualizzata", e dunque calibrata sulla situazione del singolo condannato, in attuazione del mandato costituzionale di "personalità" della responsabilità penale di cui all'art. 27, primo comma, Cost."».

[104] O almeno utilizzati in tale modo.

un mero orientamento tendenziale, verificando quale delle due macro-concezioni di uguaglianza qui accolte sia utilizzata con maggior frequenza dalla Corte, ammesso che si possa individuare una prevalenza significativa. Il dato non è soltanto "statistico", ma può ritenersi utile per verificare la profondità del sindacato utilizzato. Infatti, il giudizio di uguaglianza (in senso stretto), essendo strutturato in uno "schema triadico", prevede l'utilizzo di parametri comparativi e comporta perciò una valutazione (apparentemente) meno pervasiva della discrezionalità del legislatore (proprio per l'impiego di parametri normativi dati dall'ordinamento e, quindi, dal legislatore). Viceversa, il giudizio di ragionevolezza-razionalità è svincolato da elementi "terzi" in quanto si struttura in una valutazione "in sé" della norma e quindi implica un margine di discrezionalità (almeno astrattamente) più ampio per le valutazioni del Tribunale costituzionale che va a verificare la ragionevolezza, la razionalità, la non arbitrarietà (ecc.) *intrinseca* della disciplina impugnata (*i.e.* slegata da un *preciso* parametro di riferimento)[105].

Fatte queste precisazioni, è possibile andare a verificare quale delle due tipologie sia "preferita" nei giudizi di costituzionalità in materia "penale-sanzionatoria" ed è agevole notare come nella maggior parte dei casi sia il principio di uguaglianza strettamente inteso ad essere preso in considerazione. Gli argomenti[106] della Corte per sindacare l'operato del legislatore si basano perciò quasi sempre su un giudizio triadico nel quale viene in rilievo il c.d. *tertium comparationis*[107]. Non mancano certo eccezioni nelle quali, invece, si adotta il parametro della ragionevolezza-razionalità (intrinseca), ma questo accade tutto sommato di rado[108]. Tuttavia, approfondendo ulteriormente l'indagi-

[105] Quanto detto assume un valore soltanto tendenziale, in quanto anche nella scelta dei parametri normativi di riferimento (e quindi nell'ambito del giudizio triadico d'uguaglianza) si discute della discrezionalità dell'operazione svolta dalla Corte (vedi in tal senso F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 378). Viceversa, nel giudizio di razionalità spesso si ricostruisce la razionalità o la ragionevolezza di una norma utilizzando il più ampio contesto nella quale si iscrive (e quindi, in questo senso, comunque viene ricostruito un parametro alla luce del quale valutare detta razionalità).

[106] A titolo di esempio si riporta una argomentazione-tipo ricorrente: «La scelte legislative sono, pertanto, sindacabili soltanto ove trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene a fronte di sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna ragionevole giustificazione» (Così Corte cost., sent. n. 68/2012, richiamando espressamente, fra le tante, Corte cost., sentt. nn. 161/2009, 324/2008, 22/2007 e 394/2006).

[107] La Corte per esprimersi sulla correttezza dell'equiparazione o della differenziazione della disciplina necessita di un «punto prospettico da cui valutare la rilevanza delle somiglianze e delle differenze tra le fattispecie poste a confronto, e questo punto prospettico è dato dalla *ratio legis*» (R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Dir. & Quest. pubbl.*, 2002, 116). Pertanto, si comprende come tale controllo di coerenza normativa esiga intrinsecamente una struttura triadica, poiché solo a parità di *ratio legis* tra le due norme sarà possibile dichiarare l'illegittimità costituzionale del diverso trattamento.

[108] Il giudizio di ragionevolezza intrinseca è abbinato quasi sempre all'utilizzo di ulteriori parametri (come abbiamo visto spesso viene evocato anche assieme all'art. 27 Cost.).

ne sembra potersi ricavare di più. All'interno dei casi nei quali il Giudice delle leggi utilizza il giudizio uguaglianza possono identificarsi due differenti tipologie[109]: una prima nella quale si contesta la previsione di una uguale disciplina per fatti considerati diversi[110], una seconda nella quale, all'opposto, si contesta la scelta di una diversa disciplina per fatti ritenuti uguali (o comunque assimilabili)[111]. Ad uno primo sguardo verrebbe da dire che, nella sostanza, invertendo l'ordine dei fattori il risultato non cambi (sensibilmente), ma le cose sembrano andare diversamente. Infatti, nel secondo caso il compito della Corte è senz'altro più semplice[112], in quanto una volta verificata l'irragionevolezza del trattamento differenziato di fatti ritenuti uguali o equivalenti la disciplina del *tertium comparationis* si estende, per così dire, naturalmente (una disciplina, si noti, preesistente). In un certo qual senso, può dirsi che il Giudice delle leggi si limita ad eliminare l'esclusione di

V., a questo proposito, Corte cost., sent. n. 222/2018: «Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, la determinazione del trattamento sanzionatorio per i fatti previsti come reato è riservato alla discrezionalità del legislatore, in conformità a quanto stabilito dall'art. 25, secondo comma, Cost.; tuttavia, tale discrezionalità incontra il proprio limite nella manifesta irragionevolezza delle scelte legislative, limite che – in subiecta materia – è superato allorché le pene comminate appaiano manifestamente sproporzionate rispetto alla gravità del fatto previsto quale reato».

[109] Così anche A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, cit., spec. 43 ss.

[110] V. ad esempio Corte cost., sent. n. 26/1979: «l'art. 186 c.p.m.p. - nel primo e, in parte, nel secondo comma - ricomprende ed appiattisce in un'unica ipotesi delittuosa (quella dell'insubordinazione con violenza) distinte condotte tipiche, nettamente differenziate nei loro elementi oggettivi e soggettivi. Queste differenze sostanziali vengono annullate, assumendosi che la violenza contro il superiore, quale che sia la condotta dell'agente e indipendentemente dall'entità dell'offesa, consumata o anche soltanto tentata, alla vita o all'integrità del superiore stesso, comporterebbe una eguale lesione del rapporto di subordinazione gerarchica. Tra i due ordini di beni della cui tutela si tratta, la vita o l'integrità fisica del superiore gerarchico, da un lato, e la disciplina militare, dall'altro, il legislatore, definendo questa figura di reato plurioffensivo nel quale i vari delitti contro la persona del superiore rappresentano l'elemento costitutivo dell'unico delitto contro la disciplina, ha operato una assoluta equiparazione di condotte diversissime: quali l'omicidio volontario, il tentato omicidio, l'omicidio preterintenzionale e, se la violenza è portata contro un superiore ufficiale, le lesioni gravissime o gravi. Siffatta equiparazione di condotte diverse – e diversamente valutate dalla legge penale comune con la previsione di pene fortemente differenziate – non può sfuggire alle censure di irragionevolezza» (ma cfr. anche Corte cost., sent. n. 371/1994).

[111] V. recentemente, Corte cost., sent. n. 113/2019 («per la contraddittoria inversione della risposta sanzionatoria, all'interno delle ipotesi elencate nel predetto art. 23, che finisce con il punire più severamente la condotta di installazione non conforme a prescrizione autorizzativa, innegabilmente connotata da minor disvalore rispetto a quella di installazione di cartello pubblicitario del tutto priva di autorizzazione; sia per l'eccessiva e non proporzionata misura dell'aumento della sanzione, relativa alla infrazione meno grave in materia di pubblicità, operato senza alcuna plausibile ragione. E ciò, per di più, con il duplice distorsivo effetto di rendere, per un verso, più conveniente per il privato la condotta totalmente abusiva e, per altro verso, ampiamente più remuneratoria per l'autorità di vigilanza la verifica di conformità dei cartelli autorizzati»), ma, tra le tante, anche Corte cost., sentt. nn. 126/1968; 147/1969; 119/1970; 4/1974; 49/1995; 284/1995; 382/1997; 169/2001; 287/2001; 394/2006; 359/2010; 1/2012; 68/2012; 236/2018.

[112] In realtà, può dirsi che nel giudizio triadico di uguaglianza il compito della Corte sia solo apparentemente più semplice. La difficoltà si sposta, infatti, nella valutazione della *eguaglianza* delle situazioni poste a raffronto. In questo senso diviene più facile solo la conseguenza di tale valutazione, cioè a dire l'estensione della disciplina.

un fatto da una disciplina che regola fatti analoghi (senza un apporto *propriamente* "creativo").

Per spiegare meglio i termini della questione può essere d'aiuto un esempio. Un caso interessante è senz'altro quello che ha riguardato la fattispecie criminosa del 'sequestro a scopo di estorsione' in rapporto all'applicabilità della circostanza attenuante della "lieve entità". La questione è stata toccata in due differenti occasioni: nella prima il termine di comparazione era stato il 'sequestro di ostaggi', nella seconda il 'sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione'. Inizialmente, la Corte aveva ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale volta ad estendere anche alla fattispecie di sequestro a scopo di estorsione la attenuante speciale della lieve entità prevista per il c.d. sequestro di ostaggi (art. 3 comma 3, legge 26 novembre 1985, n. 718, ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale contro la cattura degli ostaggi) ritenendola inidonea a fungere da *tertium comparationis* ai fini considerati. Infatti, il «reato previsto dalla legge speciale si presta[va] a ricomprendere anche fatti assai meno negativamente connotati di quelli sorretti da una finalità estorsiva. Il che [poteva] spiegare la previsione di una attenuante a effetto speciale, grazie alla cui applicazione la pena minima per il delitto in questione – parificata, quanto all'ipotesi semplice, a quella del sequestro estorsivo – [poteva] scendere a soli nove mesi di reclusione»[113]. L'anno successivo, però, il Tribunale di Venezia solleva il dubbio sulla legittimità dell'esclusione per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione dall'applicabilità dell'attenuante speciale per i fatti di "lieve entità" prevista, in forza dell'art. 311 c.p., per il delitto di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione. Delitto che, contrariamente al sequestro di ostaggi, è stato ritenuto dalla Corte un parametro pienamente idoneo a fungere da *tertium comparationis*, in quanto ritenuto una figura sostanzialmente omogenea rispetto a quella del sequestro estorsivo sotto numerosi profili. Il «Sequestro terroristico o eversivo e [il] sequestro estorsivo […] hanno, anzitutto, una comune matrice storica. […] Sul piano, poi, della struttura della fattispecie, la condotta integrativa dei due delitti è identica, consistendo nel privare taluno della libertà personale. Le figure criminose si distinguono solo in rapporto alla finalità che sorregge la condotta (dolo specifico): di estorsione, in un caso, di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, nell'altro. Con riguardo al trattamento sanzionatorio, identica è anche la pena prevista per la fattispecie-base: la reclusione da venticinque a trenta anni. Le due norme incriminatrici stabiliscono, poi, identici aggravamenti di pena collegati alla morte del sequestrato, di intensità crescente a se-

[113] Corte cost., ord. n. 240/2011.

conda che si tratti di conseguenza non voluta dal reo (reclusione per anni trenta) o di evento volontariamente causato (ergastolo: artt. 289-bis, secondo e terzo comma, e 630, secondo e terzo comma, cod. pen.). In rapporto ad entrambe le fattispecie sono previste, inoltre, analoghe circostanze attenuanti correlate alla "dissociazione" dell'agente dagli altri concorrenti nel reato. […] Identica è pure la speciale disciplina del concorso eterogeneo di circostanze […]. A ulteriore dimostrazione del parallelismo, il legislatore ha, infine, introdotto due clausole generali di equiparazione, stabilendo che le norme del codice penale che richiamano l'art. 630 e tutte le norme processuali valevoli in rapporto al sequestro estorsivo si applichino anche al sequestro terroristico o eversivo (artt. 9-ter e 10 del decreto-legge n. 59 del 1978)».

L'unico elemento distintivo viene identificato nella diversità del bene giuridico tutelato: a fronte della comune lesione della libertà personale del sequestrato il sequestro terroristico offende «l'ordine costituzionale (usualmente identificato nell'insieme dei principi fondamentali che nella Carta costituzionale servono a definire la struttura e la natura dello Stato); il sequestro estorsivo attenta, invece, al patrimonio». Proprio da ciò si evince chiaramente che la prima condotta è senz'altro più grave e quindi, da un lato, «senz'altro giustifica la sottoposizione del sequestro terroristico o eversivo a uno "statuto" in generale più severo di quello proprio del sequestro estorsivo, quale quello delineato dalle restanti disposizioni comuni ai delitti contro la personalità dello Stato»; dall'altro, rende irragionevole «la mancata previsione, in rapporto al sequestro di persona a scopo di estorsione, di una attenuante per i fatti di lieve entità, analoga a quella applicabile alla fattispecie "gemella" che, *coeteris paribus*, aggredisce l'interesse di rango più elevato»[114].

Se quanto detto sinora pare quantomeno sostenibile, è allora possibile passare ad analizzare il secondo tema introdotto, ossia l'irragionevole previsione di identiche discipline per regolare fattispecie diverse. Questa ipotesi, almeno in potenza, si presenta come maggiormente problematica. Perlomeno per quei casi in cui una pronuncia meramente caducatoria possa comportare un vuoto di tutele. In tali circostanze, infatti, un intervento del Giudice delle leggi non potrebbe che essere creativo, in quanto dovrebbe individuare una nuova disciplina *diversa* da quella posta a confronto, ingerendosi così in aspetti di merito politico che, viceversa, gli sono in linea di principio preclusi.

Non è un caso, allora, che anche su questo fronte la Corte dimostri ancora una volta una particolare cautela. Difatti, sono davvero poche le sentenze nelle quali essa accoglie la questione seguendo tale

[114] Corte cost., sent. n. 68/2012 (spec. § 5 *Considerato in diritto*).

schema argomentativo (e quasi tutte riguardano sanzioni non strettamente penali, ma piuttosto punitive in un senso lato)[115]. Un esempio in proposito è rappresentato dalla sentenza n. 26/1979[116]. La questione riguardava l'art. 186 del codice penale militare di pace, con il quale si riconducevano nell'unica ipotesi delittuosa dell''insubordinazione con violenza' distinte condotte tipiche nettamente differenziate nei loro elementi oggettivi e soggettivi[117] quali l'omicidio volontario, il tentato omicidio, l'omicidio preterintenzionale e, se la violenza si rivolgeva contro un superiore ufficiale, le lesioni gravissime e gravi, punendole tutte con la sanzione dell'ergastolo. Tuttavia, la declaratoria di incostituzionalità non determinava alcun vuoto di tutela, in quanto, almeno transitoriamente, sarebbero tornate in vigore le norme penali "comuni"[118], ed è evidente che, in caso contrario, difficilmente si sarebbe riusciti a trovare una sanzione idonea all'interno dell'ordinamento senza, al tempo stesso, compiere una scelta di politica criminale[119].

Problemi analoghi, se non maggiori, presentano le pronunce di accoglimento fondate, quanto ad argomentazione, sul giudizio c.d. di ragionevolezza-razionalità. In questi casi, infatti, l'irragionevolezza della norma è dichiarata senza l'ausilio di un altro termine di confronto poiché l'illegittimità si ritiene esistente in sé, per la contrarietà con i principi dell'ordinamento (e non tanto per la diversità/uguaglianza di trattamento "rispetto a …"). L'esistenza del *tertium comparationis*, infatti, pur non potendo sempre indicare una soluzione univoca per affrontare l'eventualità di un vuoto di tutela all'interno dell'ordinamento, almeno consente di agganciare l'illegittimità a precisi parametri normativi mentre qui è sconosciuto sia il parametro legislativo che mostri l'illegittimità, sia la possibile disciplina da equiparare (e quindi utiliz-

[115] È questo il caso, ad esempio, di Corte cost., sent. n. 371/1994 che censura l'illegittima equiparazione di pena (confisca) per la circolazione stradale dei veicoli senza carta di circolazione indipendentemente dalla presenza o meno dei requisiti richiesti.

[116] Tuttavia, come si vedrà, in questo caso la Corte non si trova nella necessità di risolvere un vuoto di tutele, in quanto una disciplina di carattere generale applicabile si ritiene esistente.

[117] E questo quale che fosse la condotta dell'agente e indipendentemente dall'entità dell'offesa, consumata o anche soltanto tentata, alla vita o all'integrità del superiore stesso.

[118] Ossia quelle corrispondenti all'omicidio volontario, al tentato omicidio, all'omicidio preterintenzionale, alle lesioni. L'esistenza di norme generali permetteva così di regolare anche tutti i fatti compresi all'interno della fattispecie speciali prevista dall'art. 186 c.p.m.p.

[119] Da quanto visto si evince che soltanto il giudizio triadico di uguaglianza volto a sanzionare la *diversità di disciplina* per regolare *fattispecie analoghe* risulta idoneo ad indicare, per il tramite del *tertium comparationis*, anche lo stesso intervento da adottare. Tale parametro, infatti, oltre a palesare l'irragionevolezza della normativa posta a raffronto, fornirebbe anche la direzione della linea di intervento "a rime obbligate" per la Corte, che non si troverebbe così a dover svolgere alcuna scelta "di merito" (cosa che, inevitabilmente, farebbe risorgere il problema della sovrapposizione di volontà di cui si è ampiamente già detto). Non sorprende allora che tale tecnica decisoria sia stata utilizzata in pochissime pronunce, e per lo più per risolvere questioni nelle quali una normativa generale risultava comunque esistente ed applicabile.

zare) qualora si riscontri un vuoto normativo (e, quindi, di tutele)[120]. È allora evidente come l'utilizzo di tale tecnica argomentativa richieda una particolare cautela, potendo interferire con la discrezionalità del legislatore, oggetto tra l'altro di una tutela specifica in forza del principio di legalità penale (proprio l'art. 25 Cost. sembra, infatti, il *reale* motivo per cui la Corte raramente utilizza tali tipologie di pronunce e, come si vedrà, pur facendolo, non procede indiscriminatamente).

Tale schema argomentativo lo ritroviamo utilizzato anzitutto per dichiarare l'illegittimità di quegli automatismi che, andando a toccare profili inerenti alla valutazione del disvalore del fatto concreto, impediscono la quantificazione adeguata della relativa sanzione. Gli esempi più importanti riguardano le misure di sicurezza[121] (ma anche le misure cautelari)[122], le circostanze (con particolare riferimento alla recidi-

[120] Il "vuoto" cui si fa' riferimento qui è anche quello che si creerebbe conseguentemente ad una sentenza meramente caducatoria.

[121] Corte cost., sent. n. 139/1982 («Una simile presunzione assoluta di durata dell'infermità psichica, lungi dall'esprimere esigenze di tutela discrezionalmente apprezzate dal legislatore, finisce per allontanare la disciplina normativa dalle sue basi razionali. Dietro la presunzione non vi sono né dati d'esperienza suscettibili di generalizzazione, né esigenze di semplificazione probatoria. Indurre, a distanza di tempo imprecisata, lo stato di salute mentale attuale da quello del tempo del commesso delitto, è questione di fatto che può e deve essere verificata caso per caso; totalmente privo di base scientifica sarebbe comunque ipotizzare uno stato di salute (anzi di malattia) che si mantenga costante, come regola generale valida per qualsiasi caso d'infermità totale di mente»).

[122] Corte cost., sent. n. 265/2010 («Per quanto odiosi e riprovevoli, i fatti che integrano i delitti in questione ben possono essere e in effetti spesso sono meramente individuali, e tali, per le loro connotazioni, da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo e rigidamente con la massima misura. Altrettanto può dirsi per quei fatti che si manifestano all'interno di specifici contesti (ad esempio, quello familiare o scolastico o di particolari comunità), in relazione ai quali le esigenze cautelari possono trovare risposta in misure diverse dalla custodia carceraria e che già il legislatore ha previsto, proprio in via specifica, costituite dall'esclusione coatta in vario modo e misura dal contesto medesimo: gli arresti domiciliari in luogo diverso dalla abitazione del soggetto (art. 284 cod. proc. pen.), eventualmente accompagnati anche da particolari strumenti di controllo (quale il cosiddetto braccialetto elettronico: art. 275-bis), l'obbligo o il divieto di dimora o anche solo di accesso in determinati luoghi (art. 283), l'allontanamento dalla casa familiare (art. 282-bis, ove al comma 6 sono specificamente evocati anche i casi in cui si proceda per taluno dei delitti a sfondo sessuale qui in esame). A riprova conclusiva della molteplicità e varietà dei fatti punibili per i titoli in esame si può notare che il delitto di violenza sessuale (art. 609-bis cod. pen.) già in astratto comprende – pur tenendo conto della sottrazione al regime cautelare speciale delle ipotesi attenuate – condotte nettamente differenti quanto a modalità lesive del bene protetto, quali quelle corrispondenti alle previgenti fattispecie criminose della violenza carnale e degli atti di libidine violenti. Ciò rende anche più debole la "base statistica" della presunzione assoluta considerata»).

va[123]) o anche direttamente le sanzioni[124]. Accomuna queste ipotesi il tipo di argomentazione utilizzata dalla Corte, secondo la quale gli automatismi, così come le presunzioni, non possono che considerarsi casi del tutto eccezionali[125] (e quindi possono giustificarsi soltanto se lo permettano gli interessi in gioco). Solo la possibilità di adattare il trattamento alle caratteristiche dei casi concreti consente di differenziare la risposta punitiva con riferimento a situazioni difformi e, per altro verso, anche l'attuazione piena della funzione rieducativa della pena esige una regolazione – operata riguardo al fatto e alle caratteristiche del suo autore – possibile solo avvalendosi di margini adeguati di discrezionalità giudiziale. Non sorprende perciò che l'irragionevolezza intrinseca richiamata in queste pronunce sia spesso valutata alla luce dell'art. 27 Cost.

Dall'analisi condotta sembrerebbe dunque emergere un orientamento di *judicial restraint* del Giudice delle leggi (ed anche particolarmente marcato). La domanda che sorge spontanea riguarda allora i motivi di questa tendenza e perché risulti così accentuata in materia penale, tenuto conto che sembrerebbero esserci ulteriori elementi ad arginare gli interventi del Tribunale costituzionale al di là della "sola" discrezionalità del legislatore (almeno nei termini sino ad ora esposti), uno dei quali, come è già emerso, può rinvenirsi nell'art. 25 Cost. Tuttavia, prima di affrontare quest'ultimo aspetto[126], nei limiti in cui risulti rilevante per il ragionamento che si sta svolgendo, è indispensabile completare l'analisi delle pronunce di accoglimento per definire più compiutamente tutti i termini del problema. In particolare, si ritiene opportuno approfondire alcune decisioni radicalmente innovative e controcorrente rispetto all'indirizzo tutto sommato costante riscontrato.

[123] V. sul bilanciamento tra recidiva e attenuanti Corte cost., sent. n. 73/2020 («La disciplina censurata in questa sede vieta in modo assoluto al giudice di ritenere prevalente la circostanza attenuante del vizio parziale di mente in presenza dello specifico indicatore di maggiore colpevolezza (e maggiore pericolosità) del reo rappresentato dalla recidiva reiterata; laddove tale maggiore colpevolezza si fonda, a sua volta, sull'assunto secondo cui normalmente merita un maggiore rimprovero chi non rinuncia alla commissione di nuovi reati, pur essendo già stato destinatario di un ammonimento individualizzato sul proprio dovere di rispettare la legge penale, indirizzatogli con le precedenti condanne»). Sulla recidiva come automatismo v. Corte cost., sent. n. 185/2015.

[124] Ad es., sulle modalità di espiazione della pena v. Corte cost., sent. n. 76/2017 («Se invece il legislatore, tramite il ricorso a presunzioni insuperabili, nega in radice l'accesso della madre alle modalità agevolate di espiazione della pena e, così, impedisce al giudice di valutare la sussistenza in concreto, nelle singole situazioni, delle ricordate esigenze di difesa sociale, non si è più in presenza di un bilanciamento tra principi, che si traduce nella determinazione di una ragionevole regola legale: si è al cospetto dell'introduzione di un automatismo basato su indici presuntivi, il quale comporta il totale [*e illegittimo*] sacrificio dell'interesse del minore»).

[125] Nonostante la contraria tendenza degli ultimi anni.

[126] *Infra* § 3.2.

§ II.3.1.1. – *Dalle "rime obbligate" ai "versi sciolti"*

Proprio di recente, infatti, la Corte ha avuto modo di dichiarare l'incostituzionalità della pena minima per i reati non lievi in materia di stupefacenti introducendo anche elementi additivi manifestamente discrezionali (Corte cost., sent. n. 40/2019)[127]. In particolare, il Tribunale costituzionale ha ritenuto la differenza di quattro anni tra il minimo di pena previsto per la fattispecie ordinaria (otto anni) e il massimo della pena stabilito per quella di lieve entità (quattro anni) un'anomalia sanzionatoria in contrasto con i principi di proporzionalità e ragionevolezza (oltre che con il principio della funzione rieducativa della pena). Invero, la dichiarazione di incostituzionalità è sopraggiunta soltanto dopo che la Corte, con la sentenza n. 179 del 2017, aveva già invitato il legislatore a risanare la frattura che separava le pene per i fatti lievi e per i fatti non lievi (nella quale, tuttavia, aveva preferito dichiarare l'inammissibilità per l'assenza di una unica scelta costituzionalmente compatibile). Rimanendo inascoltato tale monito, il Giudice delle leggi ha ritenuto così indifferibile il proprio intervento per correggere l'intollerabile sproporzione segnalata, decidendo di superare *apertamente* il vincolo rappresentato dalle c.d. "rime obbligate". Più nello specifico, riprendendo alcune argomentazioni tratte da suoi recenti precedenti esso è giunto ad affermare che «l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale che riguardano l'entità della punizione risulta condizionata non tanto dalla presenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla presenza nel sistema di previsioni sanzionatorie che, trasposte all'interno della norma censurata, garantiscano coerenza alla logica perseguita dal legislatore (sentenza n. 233 del 2018). Nel rispetto delle scelte di politica sanzionatoria delineate dal legislatore e ad esso riservate, occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale proprio in ambiti in cui è maggiormente impellen-

[127] V. almeno D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020, 153-157, soprattutto per la ricchezza di riferimenti che qui, soltanto in parte, si richiamano: N. Canzian, *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe "pesanti" fra divieto di impugnazioni del giudicato e assenza di soluzioni obbligate*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2/2019, 994 ss., G. Dodaro, *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Diritto penale e processo*, n. 10/2019, 1403 ss.; C. Bray, *Stupefacenti: la Corte Costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le droghe pesanti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 1 ss.; F. Consulich, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 D.P.R. N. 309 del 1990*, in *Giur. cost.*, n. 2/2019, 1231 ss., D. Martire, *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente "adeguate", benché non obbligate*, in *Giur. cost.*, n. 2/2019, 696 ss.; R. Bartoli, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul* quantum *di pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2/2019, 967 ss.

te l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, tra cui massimamente la libertà personale, incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore». In altri termini, la Corte ritiene sufficiente che il giudice *a quo* individui una soluzione (*i.e.* misura della pena) non arbitraria, anche se non costituzionalmente obbligata (che, nello specifico, si ricaverebbe «da previsioni già rinvenibili nell'ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore»). La pena di sei anni indicata dal rimettente, essendo stata ripetutamente ritenuta adeguata dal legislatore ai fatti "di confine", (che nell'articolato e complesso sistema punitivo dei reati connessi al traffico di stupefacenti si pongono al margine inferiore delle categorie di reati più gravi o a quello superiore della categoria dei reati meno gravi), è stata ritenuta appropriata anche per i fatti di non lieve entità oggetto di censura in quanto considerata «una previsione sanzionatoria già rinvenibile nell'ordinamento che, trasposta all'interno della norma censurata, si situa coerentemente lungo la dorsale sanzionatoria prevista dai vari commi dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 e rispetta la logica della disciplina voluta dal legislatore».

Come anticipato questa non è stata l'unica pronuncia dove il Giudice delle leggi ha utilizzato un simile impianto motivazionale e, soprattutto, ha dichiarato apertamente che il suo intervento additivo non è costretto necessariamente entro il limite delle "rime obbligate". Vi sono stati, infatti, almeno altri tre altri casi che meritano di essere citati.

Con la sentenza 236 del 2016[128] per la prima volta la Corte sembra aprire a interventi additivi in materia sanzionatoria non costituzionalmente dovuti, ma soltanto riferibili «a grandezze già rinvenibili nell'ordinamento». Più nel dettaglio, la questione riguardava l'irragionevolezza del compasso sanzionatorio dell'alterazione di stato (art. 567 comma 2 c.p.) ritenuto totalmente sproporzionato rispetto al disvalore reale della condotta. Per ovviare al vuoto di tutele che avrebbe procurato una pronuncia meramente caducatoria, e senza l'ausilio di alcun *tertium comparationis*, la Corte decide di "importare" la cornice edittale prevista dalla diversa fattispecie della sostituzione di neonato (prevista dal comma 1 dello stesso articolo). Il ragionamento del Tribunale costituzionale è il seguente: le due ipotesi sono senz'altro

[128] Sulla questione v. almeno D. Tega, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., 142-146; F. Viganò, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 novembre 2016, 1 ss.; E. Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/2016, 1956 ss.; V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, n. 6/2016, 2105 ss.; B. Liberali, *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)*, in *Quad. cost.*, n. 2/2017, 381 ss.; D. Pulitanò, *La misura delle pene. Fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2017, 1 ss.

differenti e non possono essere equiparate per quanto riguarda la disciplina, (o almeno non sono idonee per svolgere correttamente il giudizio di uguaglianza secondo lo schema triadico). Tuttavia, dal momento in cui la sostituzione di neonato tutela lo stesso bene giuridico sanzionando comportamenti di uguale gravità (anzi, forse maggiore), ma nonostante questo prevede un minimo edittale più basso, quello stesso minimo edittale può legittimamente ritenersi congruo anche per l'alterazione di stato. Nelle parole della Corte: «in entrambi i casi, è un medesimo bene ad essere leso, sia pur in forme diverse. Ma le differenti modalità esecutive non esprimono, in sé stesse, connotazioni di disvalore tali da legittimare una divergenza di trattamento sanzionatorio. Ed anzi, tale divergenza, che si traduce in una cornice edittale marcatamente più severa nel caso del secondo comma, appare manifestamente irragionevole»[129]. Il Giudice delle leggi ritiene così di aver mantenuto il suo intervento «entro il perimetro conchiuso dal medesimo articolo, che, anche per questa ragione, non conduce a sovrapporre, dall'esterno, una dosimetria sanzionatoria eterogenea rispetto alle scelte legislative, ma giudica "per linee interne" la coerenza e la proporzionalità delle sanzioni rispettivamente attribuite dal legislatore a ciascuna delle due fattispecie».

Il secondo caso riguarda la sentenza n. 222/2018[130], con la quale è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 216, ultimo comma, della legge fallimentare che prevedeva l'inabilitazione all'esercizio

[129] «Le fattispecie punite, rispettivamente, al primo e al secondo comma del citato articolo, non sono identiche, ma non possono considerarsi del tutto disomogenee, non foss'altro perché indirizzate a proteggere, come questa Corte ha già riconosciuto (ordinanza n. 106 del 2007), il medesimo bene giuridico. Infatti, il reato di cui all'art. 567, secondo comma, cod. pen., punisce la modificazione del vero non per sé, ma in quanto da essa derivi la perdita dell'autentico *status filiationis* del neonato, evidenziando che la fattispecie protegge in primo luogo la veridicità dello stato di filiazione, ovvero, più esattamente, l'interesse del minore a vedersi riconosciuto un rapporto familiare corrispondente alla propria effettiva ascendenza. Ma lo stesso può dirsi della fattispecie di cui al primo comma, dove, in egual modo, è privilegiata la protezione del diritto fondamentale del minore alla corretta rappresentazione della sua ascendenza, quale presupposto della sua complessiva condizione di vita, e, d'altra parte, la condotta incriminata, che non implausibilmente appare al rimettente non meno (se non più) grave, comporta il coinvolgimento non di uno solo, ma di due neonati. I due reati, la cui regolamentazione il legislatore ha deciso di circoscrivere nel perimetro di un medesimo articolo, segnato dal medesimo *nomen juris*, presentano allora non irrilevanti tratti comuni. Ancorché autonomi, essi descrivono un medesimo evento delittuoso, consistente nella alterazione dello stato civile del neonato, mentre a variare sono le modalità esecutive, perché in un caso l'alterazione si produce "mediante la sostituzione di un neonato», nell'altro «mediante false certificazioni, false attestazioni o altre falsità" nell'atto di nascita del neonato. Ma l'evento delittuoso è per l'appunto identico, come per conseguenza identico, per le ragioni già dette, è il bene giuridico protetto dalle due fattispecie incriminatrici».

[130] Cfr. D. Tega, *La Corte nel contesto*, cit., 147-152; R. Bartoli, *Dalle rime obbligate alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, n. 6/2018, 2566 ss.; S. Leone, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili"*, in *Quad. cost.*, n. 1/2019, 183 ss.; E. Aprile, *Con una sentenza manipolativa a contenuto sostitutivo la Consulta "inaugura" un innovativo indirizzo in tema di legittimità costituzionale delle sanzioni penali accessorie*, in *Cass. pen.*, n. 3/2019, 1004 ss.

di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata (*fissa*) di dieci anni. Il Giudice costituzionale ha sostituito tale limite indicando i dieci anni come *durata massima*[131] della pena accessoria, adeguando la pena accessoria, all'interno di tale nuova cornice, alle caratteristiche del caso concreto. La durata fissa delle pene accessorie è stata infatti ritenuta distonica rispetto al principio dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio[132]. Per giungere a tale soluzione la Corte ripercorre quanto detto nella precedente sent. n. 236/2016, aggiungendo però che le soluzioni offerte dall'ordinamento possono anche essere «non "costituzionalmente obbligate"» se consentono «di porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia». Ed anche in questo caso va segnalato che la Corte in prima battuta aveva giudicato inammissibile una questione analoga a causa dell'intervento additivo che si sarebbe reso necessario per rimuovere l'illegittimità[133], limitandosi a richiamare il legislatore in merito all'opportunità di un suo intervento.

Sulla stessa linea di tendenza si colloca, infine, la sentenza n. 233 del 2018[134], sebbene dichiari l'infondatezza della questione sottoposta al suo giudizio. Inoltre, benché le sentenze nn. 222/2018 e 40/2019 siano caratterizzate da un alto tasso di politicità le questioni erano state, in un qualche modo, anticipate da precedenti pronunce che, pur dichiarando l'inammissibilità avevano chiaramente chiamato in causa il legislatore perché intervenisse direttamente (con una sorta di illegittimità riscontrata ma non dichiarata). Per quanto riguarda la sent. n. 233/2018, invece, alla chiarezza delle argomentazioni non sono per il momento fatto seguite conseguenze concrete (considerata la natura della decisione).

[131] "*…fino a dieci anni*".

[132] La Corte non ha accolto, infatti, la soluzione proposta dal giudice *a quo* che individuava nella caducazione della locuzione '*per* la durata di dieci anni' l'intervento da porre in essere per rimuovere l'incostituzionalità. L'eliminazione di ogni riferimento temporale avrebbe infatti consentito l'applicazione, anche nel caso di specie, dell'art. 37 c.p. per effetto del quale le pene accessorie avrebbero avuto la stessa durata di quella detentiva. L'ancoraggio della durata delle pene accessorie a quella stabilita per la pena principale avrebbe finito semplicemente per sostituire l'originario automatismo legale con uno diverso, e quindi altrettanto illegittimo (Così anche D. Tega, *La Corte nel contesto*, cit., 149-150).

[133] Corte cost., sent. n. 134/2012 che parla proprio di "inammissibilità per discrezionalità del legislatore".

[134] «l'ammissibilità delle questioni inerenti ai profili di illegittimità costituzionale dell'entità della pena stabilita dal legislatore può ritenersi condizionata non tanto dalla presenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, quanto dalla puntuale indicazione, da parte del giudice a quo, di previsioni sanzionatorie rinvenibili nell'ordinamento che, trasposte all'interno della norma censurata, garantiscano coerenza alla logica perseguita dal legislatore, una volta emendata dai vizi di illegittimità addotti, sempre se riscontrati», ma v. più diffusamente sul punto D. Tega, *La Corte nel contesto*, cit., 152-153.

Rispetto alla sent. n. 236/2016, poi, le cose sembrano meno estreme di come le si è volute presentare: «la Corte ha ritenuto di poter surrogare l'originaria e incostituzionale risposta punitiva con una delle (non univoche) soluzioni già esistenti nel sistema, fermo restando che il legislatore sarebbe poi potuto intervenire per adottare un diverso trattamento, reputato più congruo»[135]. È vero allora che con le "linee interne"[136] il Tribunale costituzionale è così intervenuto al di là delle "rime obbligate" imposte dalla stessa Costituzione, tuttavia «la discrezionalità legislativa non risulta [eccessivamente, *ndr*] sacrificata, non solo perché se ne fa salvo il libero esercizio per il futuro, ma anche perché la Corte si trova in ogni caso a scegliere una disciplina normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito»[137]. Inoltre, si noti, anche in questa occasione è intervenuto soltanto dopo un esplicito monito al legislatore.

Tirando le somme si può forse sostenere che a questi criteri evidentemente "più spinti" sia corrisposto un più ampio *self restraint* nel loro utilizzo[138]. Infatti, se è vero che la Corte ha impiegato tecniche decisorie che appaiono decisamente stridenti sia con la discrezionalità parlamentare sia col principio di legalità della legge penale, lo ha fatto raramente. Volendo fare un tentativo di sistematizzazione, con tutti i limiti che ciò implica, potremmo individuare due principali circostanze nelle quali essa opera in questi termini. La prima quando ha a che fare con quelle fattispecie a margine del sistema e concretizzate sulla base di valutazioni non controverse di obsolescenza di determinati assetti normativi. Per cui tali criteri «sono serviti per la potat-

[135] *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nel 2018*, Roma, Palazzo della Consulta, 21 marzo 2019, 17 consultabile al *link*: *https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Relazione_del_Presidente_Giorgio_Lattanzi_sull_attivita_svolta_nell_anno_2018.pdf*.

[136] Così D. Pulitanò (*Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, 46-47): «quanto alla ragionevolezza assiologica delle pene edittali, è questione che, ad un primo livello, si presenta come di *politica del diritto*. Le scelte sulla misura delle pene rientrano nella discrezionalità politica del legislatore, e ciò pone un limite al controllo di ragionevolezza. È possibile un controllo di coerenza interna» che, tuttavia, risulta possibile soltanto fra norme appartenenti ad un dato sottosistema.

[137] «… È un modo di procedere che da ultimo è stato adottato dalla sentenza n. 40 del 2019, con la quale la Corte, in materia di stupefacenti, pur restando ovviamente possibile una diversa scelta del legislatore, ha individuato nell'ordito legislativo la pena con cui sostituire quella sproporzionata ed eccessiva prevista dalla disposizione viziata da illegittimità costituzionale per "la violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza, di cui all'art. 3 Cost., oltre che del principio di rieducazione della pena di cui all'art. 27 Cost.". È appena il caso di aggiungere che *questa decisione ha fatto seguito a un monito della Corte* (sentenza n. 179 del 2017) *rimasto inascoltato*. In ogni caso nel campo del diritto penale sostanziale non possono mai trascurarsi prioritarie esigenze di certezza e conoscibilità delle disposizioni, tali da sconsigliare l'impiego di altre forme decisorie a minor tasso di determinatezza, come quelle delle pronunce additive di principio, ove un ruolo fondamentale di ricomposizione del tessuto normativo è affidato, in difetto di un intervento legislativo, al giudice comune» (*Ibidem,* corsivi miei).

[138] D. Pulitanò, *Ragionevolezza e diritto penale*, cit., 39-40.

ura dei rami secchi, o per riequilibrare assetti normativi che nessuno avrebbe più giudicato equilibrati»[139]. La seconda circostanza riguarderebbe, invece, quei casi, nei quali la perdurante inerzia del Parlamento abbia fatto diventare l'illegittimità intollerabile, sicché la Corte riconosce esplicitamente l'esistenza di un ambito riservato, ma il suo intervento è ritenuto il "male minore" per riportare il sistema alla legalità. E non c'è quindi da stupirsi che si riconosca al tempo stesso la possibilità di un intervento anche successivo del Parlamento per ridefinire l'assetto normativo configurato dal Giudice costituzionale, con una netta differenza dagli interventi "a rime obbligate"[140], nei quali l'unica soluzione costituzionalmente compatibile è proprio quella accolta dal Giudice delle leggi *e nessun'altra* (proprio perché costituzionalmente *imposta*)[141].

§ II.3.1.2. – *Un nuovo modello di decisione (in due tempi)*

Il discorso svolto sin ora, ed in particolare la riflessione sulle più recenti decisioni che sembrerebbero aver superato il limite delle c.d. rime obbligate nel triennio 2016-2018, evoca chiaramente un'altra recentissima vicenda che ha toccato direttamente proprio gli stessi temi e che merita una trattazione specifica. Il riferimento è al filone giurisprudenziale inaugurato dal c.d. caso "Antoniani/Cappato" che ha visto la Corte impegnata nel tentativo di risolvere una questione evidentemente connotata da aspetti fortemente "politici"[142] con modalità del tutto peculiari[143]. Ripercorriamo allora, seppur in sintesi, l'evolversi della vicenda cercando di evidenziarne i passaggi fondamentali[144].

---

[139] *Ivi*, 39.

[140] Sul punto v. più di recente le riflessioni critiche di M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023, (spec.) 198-199.

[141] In altre parole, esistendo una sola soluzione costituzionalmente compatibile non ci sono margini per l'esercizio di una *qualsiasi* discrezionalità (vuoi della Corte, vuoi del legislatore).

[142] Naturalmente anche per la loro dimensione decisamente etica. Non a caso infatti sull'identificazione di tale caso come esempio di una "*political question*" si è interrogato A. Pugiotto, *Variazioni processuali sul "caso Cappato"*, in A. Morrone (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, consultabile in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2018, 40-46, spec. 41-42.

[143] Si vedano sul tema i rilievi critici di M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023, 200-224.

[144] Per ulteriori approfondimenti si rimanda, tra i numerosi commenti, a: A. Morrone, *Il caso e la sua legge. Note sulla vicenda Cappato/Dj Fabo*, in *Famiglia e diritto*, n. 3/2020, 244-256; R. Pinardi, *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in Aa.Vv., Liber Amicorum *per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 2020, 1 ss.; F. Palazzo, *La sentenza Cappato può dirsi «storica»?*, in *Politica del diritto*, n. 1/2020, 1 ss.; M. D'Amico, *"Fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2020, 286 ss.; E. Furno, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale* in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2020, 303 ss.; M.E. Bucalo, *La "circoscritta (e puntella-*

La questione trae origine dai dubbi di legittimità sollevati, con l'ordinanza del 14 dicembre 2018,[145] dalla Corte di Assise di Milano

ta) area" di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. fra self-restraint *della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, 99-121; G. Campanelli, *La Corte costituzionale riconosce la tutela della dignità nella scelta di morire e sospende la discrezionalità del legislatore*, in *Quad cost.*, n. 1/2020, 138-141; P. Caretti, *La Corte costituzionale chiude il caso "Cappato" ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di "fine vita"*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, 5 ss.; M. D'Arienzo, *Scelte di fine vita, tutela della dignità del disabile e diritto all'autodeterminazione dell'esercente la professione sanitaria: considerazioni a margine della legge n. 219/2017 alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019*, in *federalismi.it*, n. 20/2020, 379-411; F. Laus, *Il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, alla luce delle pronunce sul caso "Cappato" e sulle tutele crescenti nel "Jobs Act"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 65-91; A. Pisanò, *Il re è nudo! La "nuova forma di collaborazione" tra potere legislativo e potere giudiziario nel caso Cappato, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 242/2019*, in *Politica del diritto*, n. 1/2020, 63-88; P. Pittaro, *Il dibattuto tema del suicidio assistito: quando la Corte Costituzionale supplisce il legislatore*, in *Famiglia e diritto*, n. 3/2020, 257-263; F. Poggi, *Il caso Cappato: la Corte costituzionale nelle strettoie tra uccidere e lasciar morire*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, 81-91; R. Romboli, *La Corte costituzionale decide con sentenza il "caso Cappato" e supera l'ostacolo "insormontabile" approvando essa stessa la disciplina dell'aiuto a morire*, in *Foro it.*, 2020, 839-843; A. Vallini, *Il "caso Cappato": la Consulta autorizza e "disciplina" il suicidio assistito*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 5/2020, 1198-1205; P. Veronesi, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, 5-26; A. Ruggeri, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 2019, 1 ss.

[145] Tra le varie annotazioni di questa ordinanza ci limitiamo a ricordare: A. Morrone (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale (testi provvisori delle relazioni orali al seminario di Bologna, 12 ottobre 2018)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 10/2018, 1 ss.; Aa.Vv., *Sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2019; F.S. Marini, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, Esi, 2019; M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione e giustizia*, 2018, 1 ss.; C. Salazar, *«Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quad cost.*, n. 3/2019, 567 ss.; M. Cecchetti, *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul "caso Cappato"*, in *federalismi.it*, n. 17/2019, 1 ss.; V. Marcenò, *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2019, 1217 ss.; M. Massa, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 4/2018, 1323 ss.; E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad cost.*, n. 3/2019, 531 ss.; P. Bilancia, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita*, in *federalismi.it*, n. 5/2019, 1-23; P. Veronesi, *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, 5-26; C. Cupelli, *Corte costituzionale e discrezionalità legislativa in materia penale. Spunti e prospettive nella Relazione del Presidente sulla giurisprudenza del 2018*, in *Cassazione penale*, n. 7/2019, 2748-2756; C. Cupelli, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Cassazione penale*, n. 2/2019, 533-546; C. Cupelli, *Il caso Cappato e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Notizie di Politeia*, 2019, 133, 156-163; E. Furno, *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 38-154; A. Anzon, *Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"*, in *Giur. cost.*, n. 6/2018, 2459 ss.; R. Pinardi, *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria)*, in *Giur. cost.*, 2018, 2465 ss.; C. Tripodina, *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018,* in *Giur. cost.*, 2018, 2476 ss.; G. Repetto, *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità,* in *Giur. cost.*, 2018, 2487 ss.; U. Adamo, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare,* in *Dirittocomparati.it*, 23 novembre 2018, 1 ss.; N. Fiano, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all'orizzonte?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1/2019, 277 ss.; G.

nell'ambito del processo a carico di Marco Cappato con riferimento alla morte di Fabiano Antoniani per averne rafforzato il proposito suicidario e materialmente agevolato l'esecuzione. Più nel dettaglio, si dubitava della legittimità dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incriminava le condotte di aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione, prescindendo dal loro contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio ed equiparandole sotto il profilo della quantificazione della pena.

Con l'ordinanza n. 207/2018[146], il Giudice costituzionale rinviava la trattazione della questione di legittimità dell'art. 580 c.p. – *pur rilevandone l'illegittimità* – al fine di consentire al legislatore di provvedere a conformare tale disciplina alla Costituzione proprio per la natura evidentemente politica delle decisioni da prendere[147]. La strada dell'inammissibilità-monito (seguita da eventuale accoglimento), già percorsa in precedenti occasioni, non veniva considerata praticabile perché l'effetto di lasciare in vita una normativa non conforme per un periodo non preventivabile si reputava incompatibile con le peculiari caratteristiche e con la rilevanza dei valori coinvolti. Così si è preferito disporre un rinvio di quasi un anno con la contestuale sospensione del giudizio[148], in modo da evitare che la «disposizione continu[asse] a produrre effetti reputati costituzionalmente non compatibili, ma al tempo stesso scongiura[ndo] possibili vuoti di tutela di valori, anch'es-

---

Leo, *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie dell'aiuto al suicidio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1/2019, 241 ss.; M. Picchi, "*Leale e dialettica collaborazione" fra Corte costituzionale e Parlamento,* in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, 1 ss.; S. Prisco, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico*, in *Bio Law Journal - rivista di Biodiritto*, n. 3/2018, 1 ss.; M. Raveraira, *La decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in *Lo Stato*, n. 11/2018, 433 ss.; P. Carnevale, *Incappare… in Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207del 2018,* in *Consulta Online*, n. 2/2019, 1 ss.; P. Carnevale, *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza 207 del 2018 della Corte costituzionale,* in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 giugno 2019, 1 ss.; C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti"*, in *federalismi.it*, n. 6/2019, 1 ss.; G. Razzano, *Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2019, 1 ss.; G. Serges, *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, 1 ss.; S. Talini, *Il controverso rapporto tra giurisprudenza costituzionale, scelte parlamentari e decisioni di Strasburgo: considerazioni di sistema a partire dalla nuova udienza sul "caso Cappato"*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, 1 ss.; M. Ronco (a cura di), *Il "diritto" di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, Torino, Giappichelli, 2019.

[146] Si noti: con le forme caratteristiche delle sentenze (come sottolineato anche da M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 654).

[147] Non a caso coeva alla sentenza n. 222/2018 (come correttamente rilevato in D. Tega, *La Corte nel contesto*, cit., 168 (cfr. anche nt. 177).

[148] «Rimarrà nel frattempo sospeso anche il giudizio a quo. Negli altri giudizi, spetterà ai giudici valutare se, alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate rilevanti e non manifestamente infondate, così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte *qua*».

si pienamente rilevanti sul piano costituzionale». Per il tramite di tale particolarissima soluzione, molto discussa in dottrina, la Corte ha introdotto un vero e proprio nuovo strumento decisorio mai utilizzato prima[149]. Infatti, questa ordinanza, se da una parte riconosceva l'illegittimità della normativa impugnata e denunciava l'impossibilità per la Corte di intervenire direttamente su scelte di merito tramite apporti variamente manipolativi[150], dall'altra imponeva al Parlamento una precisa scadenza entro il quale riportare il sistema a legalità. «In sostanza, la Corte, trattenendo presso di sé la questione e dunque lasciando in sospeso la definizione del giudizio a quo, chiede al legislatore di procedere tempestivamente, riservandosi altrimenti di intervenire in modo più penetrante di quanto il rispetto della discrezionalità del legislatore non consenta ordinariamente»[151].

Con la sentenza n. 242/2019, preso atto dell'inerzia, il Giudice delle leggi ha successivamente dichiarato l'incostituzionalità 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 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento) […], 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». Questa soluzione evidentemente si conferma una manipolazione piuttosto intensa, ma come già si è visto «la mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata non sembra più un ostacolo all'esame nel merito delle questioni»[152]. Con la pronuncia in esame, allora, pare che si sia fatto un ulteriore passo in avanti verso un esplicito attivismo giudiziario, almeno con riferimento a possibili «vuoti di disciplina che rischino di risolversi in una menomazione prolungata nel tempo della protezione di diritti fondamentali»[153]. La tendenza sembra quindi essere la seguente: «le "rime obbligate" giustificano un intervento "immediato" della Corte,

[149] Sul punto v. almeno M. Raveraira, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, cit., *passim,* spec. 125;

[150] § 10. *Considerato in diritto* «il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica».

[151] 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*, n. 2/2019, 660.

[152] D. Tega, *La Corte nel contesto*, cit., 168.

[153] *Ivi*, 169.

ove realmente la lacuna incostituzionale possa da subito essere colmata senza invadere la sfera di discrezionalità del legislatore; al contempo, le "rime obbligate" impediscono alla Corte di intervenire subito, ove l'intervento legislativo si riveli indispensabile nella scelta delle diverse opzioni per colmare la lacuna incostituzionale; ma, in quest'ultimo caso – ed è qui la novità –, le "rime obbligate" non possono impedire alla Corte di intervenire sia pure in "seconda battuta"»[154].

Nel c.d. caso "Antoniani/Cappato" sembra dunque che la necessità di controllare anche il fattore tempo (caratterizzante, di per sé, anche lo schema inamissibilità-monito-incostituzionalità) per la natura degli stessi interessi in gioco abbia favorito l'introduzione di questo strumento: i diritti fondamentali non possono aspettare *sine die*, ma all'illegittimità bisogna necessariamente porre rimedio, verrebbe da dire, quale che ne sia il costo dal punto di vista della tensione rispetto alla discrezionalità legislativa. E anche la progressiva «presa di coscienza dell'insensibilità del legislatore ai moniti» del Giudice delle leggi sembrerebbe avere avuto un ruolo in questa progressione, tanto che ci si è chiesti se il nuovo modello possa essere riutilizzato in futuro (soprattutto per ridimensionare la tendenza della Corte ad adottare sentenze manipolativa in mancanze di "rime obbligate")[155].

In altri termini, con la sentenza n. 242/2019 si è *esplicitamente* riconosciuto che in determinate condizioni nelle quali siano in pericolo i diritti fondamentali[156] sia, non solo possibile, ma anzi *necessario* l'intervento del Tribunale costituzionale anche se a discapito della discrezionalità del legislatore[157].

---

[154] M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale,* cit., 653.

[155] F. Palazzo, *La sentenza Cappato può dirsi «storica»?,* in *Politica del diritto*, n. 1/2020, 5.

[156] Come nel caso, come quello in esame, di declaratorie di incostituzionalità che rischino di creare vuoti di disciplina intollerabili.

[157] § 4. *Considerato in diritto*: «Decorso un congruo periodo di tempo, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale deve, comunque sia, prevalere su quella di lasciare spazio alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia, alla quale spetta la priorità. Come più volte si è avuto modo di rilevare, «posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio» (sentenze n. 162 del 2014 e n. 113 del 2011; analogamente sentenza n. 96 del 2015). Occorre, infatti, evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale: e ciò «specie negli ambiti, come quello penale, in cui è più impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, incisi dalle scelte del legislatore» (sentenza n. 99 del 2019, sulla quale, più diffusamente: M. Ruotolo, *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il "reo folle"*, in *Giur. cost.*, 2019, 1103 ss.; F. Siracusano, *Il "reo folle" davanti al giudice delle leggi: la Corte costituzionale supplisce all'ostinata inerzia del legislatore*, *ivi,* 1111 ss.; D. Piccione, *Il silenzioso epitaffio per l'art. 148 c.p.: l'inizio della fine per la differenza di trattamento tra grave infermità fisica e psichica, ivi,* 1121 ss.; F. Dalla Balla, *Squilibri trattamentali, verso l'uso della nosografia psichiatrica per la relativizzazione in senso soggettivo dell'afflizione penale?*, *ivi*, 1130 ss.). «Risalente, nella giurisprudenza di questa Corte, è l'affermazione per cui non può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rappor-

Ad oggi, poi, questo schema decisorio è stato utilizzato in altre due occasioni sempre in ambito penalistico.

La prima, ha riguardato una questione relativa alla previsione della pena della reclusione per il delitto di diffamazione commessa a mezzo stampa e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato. Secondo la Corte, alla luce della giurisprudenza sovranazionale in materia, sarebbe stata «necessaria e urgente una complessiva rimeditazione del bilanciamento […] tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela della reputazione individuale, in particolare con riferimento all'attività giornalistica»[158]. Tuttavia, «un simile, delicato bilanciamento spetta in primo luogo al legislatore, sul quale incombe la responsabilità di individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività»[159]. Per questi motivi, e alla luce dell'esistenza di vari progetti di legge in discussione in Parlamento[160], «in uno spirito di leale collaborazione istituzionale», la Corte ha ritenuto di rinviare la decisione della questione di (circa) un anno per consentire al Parlamento di approvare nel frattempo una nuova disciplina compatibile con i principi costituzionali e convenzionali. È noto che questa richiesta è rimasta disattesa, e che con la sentenza n. 150 del 12 luglio 2021 la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità delle norme che obbligano il giudice a punire con il carcere il reato di diffamazione a mezzo della stampa o della radiotelevisione, in quanto contrastano con la libertà di manifestazione del pensiero, riconosciuta tanto dalla Costituzione italiana quanto dalla CEDU, fissando un punto di equilibrio "nuovo" fra i diversi principi in competizione[161].

La seconda, invece, è l'altrettanto nota vicenda sul c.d. ergastolo ostativo. Secondo la Corte, infatti, la collaborazione con la giustizia

ti (sentenza n. 59 del 1958). Ove, però, i vuoti di disciplina, pure in sé variamente colmabili, rischino di risolversi a loro volta – come nel caso di specie – in una menomata protezione di diritti fondamentali (suscettibile anch'essa di protrarsi nel tempo, nel perdurare dell'inerzia legislativa), questa Corte può e deve farsi carico dell'esigenza di evitarli, non limitandosi a un annullamento "secco" della norma incostituzionale, ma ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento (in questo senso, sentenze n. 40 del 2019, n. 233 e 222 del 2018 e n. 236 del 2016)».

[158] Corte costituzionale, ordinanza 26 giugno 2020, n. 132, § 7 *Considerato in diritto*.

[159] Corte cost., ord. n. 132/2020, § 8 *Considerato in diritto.*

[160] All'epoca erano pendenti presso la Camera dei Deputati due proposte di legge: C. 416, presentata il 27 marzo 2018 (On. Walter Verini e altri); C. 1700, presentata il 26 marzo 2019 (On. Mirella Liuzzi e altri); e presso il Senato: S. 812, presentata il 20 settembre 2018 (Sen. Giacomo Caliendo).

[161] Sul punto v. almeno M. Picchi, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, 1415-1417.

non poteva essere l'unica via del condannato all'ergastolo per delitti di contesto mafioso per accedere alla liberazione condizionale ma, ciò nonostante, spettava al Parlamento agire, in quanto un intervento meramente "demolitorio" della Corte avrebbe potuto compromettere le esigenze di prevenzione generale e di sicurezza collettiva[162]. Per questo si è optato anche in tale occasione per il rinvio della decisione di (circa) un anno[163]. All'udienza del 10 maggio 2022 la Corte ha rilevato che il Parlamento, accogliendo la sollecitazione, si era «attivato per addivenire all'approvazione della normativa sulla revisione della disciplina attinente ai benefici penitenziari per i reati ostativi»[164]; tuttavia, constatando che l'approvazione del disegno di legge era stato completata soltanto alla Camera, ha concesso un ulteriore rinvio per consentire la conclusione dell'*iter* legislativo. Con l'ordinanza 10 novembre 2022, n. 277, essa ha infine preso atto dell'intervenuta modifica della disciplina per mano del legislatore, e ha quindi ritenuto di poter restituire gli atti al giudice rimettente.

Quello che sembra emergere da questa giurisprudenza, dunque, è che allo strumento della "doppia pronuncia"[165] – inammissibilità-monito e successiva sentenza di accoglimento – si sia affiancata la nuova tecnica processuale dell'ordinanza motivata di rinvio della trattazione e successiva (eventuale) sentenza di accoglimento. In entrambi i casi comune è il presupposto, ovvero l'espresso accertamento di una violazione della Costituzione, (violazione) che la Corte intima al legislatore di rimuovere. La differenza sta nel fatto che essa può accompagnare quell'intimazione con una prospettazione di conseguenze chiare e a data certa, oppure non farlo: in altri termini può formulare un ordine o un monito.

Ciò nonostante, non sembra ancora possibile elaborare una tassonomia che aiuti a capire chiaramente (e dunque anche a prevedere) quali siano le differenze che portano la Corte ad adoperare questo "nuovo" strumento piuttosto che il "vecchio". «Non si comprende quale sia il discrimine fra *vulnus* ai diritti costituzionali della persona, ove alcuni, a quanto pare, giustificano la messa in mora del Parlamento e altri consentono al più la formulazione di un monito al legislatore»[166].

---

[162] Corte costituzionale, ordinanza 11 maggio 2021, n. 97.

[163] Sul termine di circa un anno e sulle mancate motivazioni in ordine alla sua durata v. criticamente: R. Pinardi, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, 105; M. Massa, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos*, n. 2/2021, 9-10; I. Roberti, *I moniti "a termine" della corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del parlamento*, in *federalismi.it*, n. 17/2021, 179 (ma anche *passim*).

[164] Corte costituzionale, ordinanza 13 maggio 2022, n. 122.

[165] G. Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il Legislatore*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1982, 136.

[166] A. Matteoni, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consulta Online*, n. 2/2021,

Come è stato correttamente rilevato, si configurerebbe quindi un passaggio dalle "rime obbligate" ai "versi sciolti"[167], che tuttavia non deve farci dimenticare le risultanze emerse nella prima parte della ricerca. È vero, infatti, che il limite della discrezionalità del legislatore è stato valicato in più occasioni[168], ma questo è avvenuto ben di rado apertamente[169]. Ai criteri tecnicamente più problematici attraverso i quali il Giudice delle leggi "suona senza spartito" è corrisposto un più ampio *self restraint* nel loro utilizzo. Unicamente nei casi di intollerabile compressione dei diritti fondamentali, e solo dopo espliciti ammonimenti al legislatore, la Corte ha ritenuto di dover[170] intervenire[171].

Con l'intento di trovare una sintesi rispetto a queste (forse solo apparenti) tensioni, ma soprattutto per esigenze di completezza, è necessario ora trattare anche di quei casi in cui, invece, siano state respinte le questioni di costituzionalità.

§ II.3.2. – *Le pronunce di inammissibilità e infondatezza*

Passando all'analisi delle pronunce di rigetto e di inammissibilità è possibile anticipare subito che molte sono le analogie con quanto visto relativamente al processo, specialmente per quanto riguarda la scelta del tipo di pronunce e di dispositivi.

Difatti, le ordinanze sono per lo più utilizzate per dichiarare la manifesta inammissibilità o la manifesta infondatezza allorché la questione ricalchi, quantomeno nella sostanza, precedenti decisioni, e che altrimenti sia preferita la sentenza. Ed allo stesso modo è confermato che l'inammissibilità (semplice o manifesta) è riservata generalmente a quei casi in cui sia richiesto un improprio intervento manipolativo della Corte per ovviare all'incostituzionalità e che diversamente viene

371, ma più in generale v. M. Massa, *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos*, n. 2/2021, 5-6.

[167] D. Tega, *La Corte nel contesto*, cit., Capitolo II, *passim*.

[168] Si sostiene che sia stato oltrepassato il limite della *discrezionalità* pur senza averne dato una definizione rigorosa perché tale superamento è reso evidente dalla stessa giurisprudenza della Corte. Infatti, quello che si evince dalla ricerca svolta finora, è che pur riconoscendo esplicitamente, in determinate questioni, la propria incompetenza per l'esistenza di scelte di merito politico, essa non ha poi esitato a pronunciarsi sul merito una volta investita nuovamente della medesima questione. Ciò evidenzia un palese superamento di quello stesso confine posto in un primo momento proprio da lei. Al di là quindi delle questioni definitorie, è la prassi della Corte che implicitamente o esplicitamente dimostra detto superamento.

[169] Naturalmente ciò non toglie che le conseguenze e le possibili future implicazioni possano essere anche decisamente importanti.

[170] … ma non di potere.

[171] Verrebbe da aggiungere: andando anche al di là dei poteri conferitole dalla Carta (ed anzi anche violando apertamente altri principi, come quello di legalità, ritenuti quindi, di fatto, recessivi).

utilizzata la pronuncia di rigetto. Nondimeno, proprio relativamente all'inammissibilità pare utile soffermarsi brevemente anche sulle motivazioni più ricorrenti, in quanto parrebbero idonee a fornirci ulteriori spunti d'interesse.

In alcune circostanze, tra le quali si possono ricordare la scelta del legislatore di utilizzare la sanzione penale piuttosto che di altro tipo (come quelle amministrativa, e viceversa[172]), la configurazione delle fattispecie criminose e la determinazione delle sanzioni[173], la conformazione delle modalità di estinzione del reato[174] e, in ultimo, la previsione di condizioni di procedibilità differenziate[175], il Giudice delle leggi riconosce espressamente l'*insindacabilità* delle scelte politiche del legislatore. Apparentemente, quindi, la discrezionalità legislativa in questi ambiti sembrerebbe particolarmente ampia. Senonché, al tempo stesso si afferma che essa *non* è assoluta, ma deve rispettare[176] il limite della ragionevolezza e della non arbitrarietà. Alla massima discrezionalità possibile si associa nuovamente un limite ultimo ed invalicabile.

Si delinea oramai con sempre maggior chiarezza l'esistenza di un confine ricorrente e trasversale, seppur con sfumature leggermente differenziate da un ambito all'altro. Si è già visto nel breve *excursus* sulle pronunce di accoglimento come il principio di ragionevolezza utilizzato nella materia penale rimanga fortemente ancorato alla sua concezione "primigenia", ossia quella che prevede il giudizio triadico

[172] Cfr. Corte cost., sent. n. 37/2019: in relazione al diritto d'onore «non sono ravvisabili obblighi di incriminazione, di origine costituzionale o sovranazionale, che limitino la discrezionalità del legislatore nella determinazione delle modalità della sua tutela. Quest'ultima, pertanto, ben potrà restare affidata – oltre che ai tradizionali rimedi aquiliani – a sanzioni pecuniarie di carattere civile, come quelle apprestate dal decreto legislativo n. 7 del 2016, sulla base di scelte non censurabili da parte di questa Corte» (ma vedi anche, tra le tante sempre in tema di depenalizzazioni, ordd. nn. 212/2004, 177/2003).

[173] V., di recente, Corte cost., sent. n. 141/2019 «Per costante giurisprudenza di questa Corte, la configurazione delle ipotesi criminose e la determinazione delle sanzioni per ciascuna di esse rientrano nella discrezionalità del legislatore. Gli apprezzamenti in ordine alla "meritevolezza" ed al "bisogno di pena" – dunque sull'opportunità del ricorso alla tutela penale e sui livelli ottimali della stessa – sono infatti, per loro natura, tipicamente politici: con la conseguenza che un sindacato sul merito delle scelte legislative è possibile solo ove esse trasmodino nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio (*ex plurimis*, tra le ultime, sentenze n. 144 del 2005 e n. 364 del 2004; ordinanze n. 109, n. 139, n. 212 del 2004; n. 177, n. 206 e n. 234 del 2003), come avviene allorquando la sperequazione normativa tra fattispecie omogenee assuma aspetti e dimensioni tali da non potersi considerare sorretta da alcuna ragionevole giustificazione (con riguardo alla materia elettorale, sentenza n. 287 del 2001)».

[174] *Ex pluribus*, v. Corte cost., sent. n. 85/1998 che riconosce «la discrezionalità del legislatore nel fissare, una volta individuata la causa estintiva del reato, gli effetti e i limiti temporali di essa».

[175] *Ex pluribus,* v. Corte cost., sent. n. 220/2015: «Nella giurisprudenza di questa Corte è assolutamente costante l'affermazione che la scelta del regime di procedibilità dei reati "coinvolge la politica legislativa e deve, quindi, rimanere affidata a valutazioni discrezionali del legislatore, presupponendo bilanciamenti di interessi e opzioni di politica criminale spesso assai complessi, sindacabili in sede di giudizio di legittimità costituzionale solo per vizio di manifesta irrazionalità" (ordinanze n. 324 del 2013, n. 178 del 2003, n. 91 del 2001 e n. 354 del 1999; in senso analogo, altresì, sentenze n. 274 del 1997 e n. 7 del 1987)».

[176] Con una modalità analoga a quella vista, per le norme processuali al *supra* § 2.3.

di uguaglianza. E tale dato trova conferma anche nell'analisi delle pronunce di rigetto. Non è un caso che nella maggioranza dei casi i motivi di doglianza del giudice *a quo* riguardino disparità di trattamenti ritenute illegittime[177]. Viceversa, sono rare le occasioni in cui il riferimento alla ragionevolezza è slegato da termini di raffronto, e viene perciò utilizzato per sindacare la coerenza intrinseca della disposizione impugnata. Le implicazioni di tale impostazione non sono di poco conto, in quanto si riflettono direttamente sulla possibile profondità del sindacato[178] atteso che, come già ricordato, il giudizio tramite *tertium comparationis* può considerarsi (in un certo senso) meno penetrante di quello di ragionevolezza intrinseca[179].

Sembrerebbe dunque possibile sostenere che «[s]e c'è un settore nel quale la Corte costituzionale è stata molto rispettosa dei principi generali e dei limiti naturali del proprio operato a fronte del legislatore, questo è quello della materia penale. Rispettosa dei principi contenuti nella Costituzione, in generale, e del ruolo centrale spettante al legislatore, in particolare. Principi e posizione centrale del legislatore che hanno determinato, fin dagli esordi della giurisprudenza costituzionale, una limitazione delle possibilità di sindacato della Corte sulle norme penali»[180]. Non solo la discrezionalità del legislatore parrebbe aver avuto un ruolo decisivo in tale delimitazione del contorno del sindacato di costituzionalità, ma anzi, come preannunciato (*supra* § 3.1.), si è dimostrato senz'altro decisivo il principio di legalità penale, così come massimamente valorizzato dal Tribunale costituzionale[181]. Tuttavia, le direttrici di tale sviluppo sembrano seguire *una certa* ricostruzione della *ratio* del principio di legalità, secondo la quale esso va inteso nell'ottica del *favor rei*. Questo dato traspare anche dai diversi comportamenti tenuti dalla Corte a seconda della natura della norma impugnata. Rispetto alle norme penali di favore[182], infatti, molto

[177] A questo corrisponde i motivi di rigetto si basano sull'erroneità dei parametri comparativi evocati dal giudice di prime cure, e quindi sull'errata ricostruzione della *ratio* della normativa oggetto di censura.

[178] Anche se in senso contrario, quasi con un *lapsus*, fa esplicito riferimento alla sindacabilità del merito l'ordinanza 139 del 2004.

[179] Si sostiene che il giudizio triadico sia, almeno astrattamente, meno intenso in quanto è legato a un parametro ulteriore, il *tertium* appunto. Con questo non si nega che esso possa risultare decisamente penetrante laddove la valutazione di "eguaglianza" dei termini posti a raffronto sia discrezionale (come infatti si è già precisato *supra*).

[180] M. D'Amico, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, 1.

[181] Tuttavia, in senso contrario, sulla crisi del principio di legalità in materia penale è possibile ricordare la posizione della Corte costituzionale sulla riserva di cui all'art. 25, comma 2, Cost. che è stata sempre interpretata come riserva di fonte e non di organo.

[182] Da tempo si è distinto tra norme penali di favore e norme penali favorevoli (Corte cost., sent. n. 148/1983, sulla quale v. almeno D. Pulitanò, *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1983, I, 1806 ss.; G. Lattanzi, *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, in *Cass. pen.*, 1983, 1916 ss.), e il tema meriterebbe senz'altro di essere approfondito, tuttavia ciò non

spesso la Corte si astiene dall'intervenire con decisioni che potrebbero avere effetti in *malam partem*[183], viceversa rispetto alle possibilità di

è possibile in questa sede. Tuttavia, ci limitiamo a dare atto del distinguo precisando il contenuto dei due concetti almeno per una questione di chiarezza espositiva.

Le norme penali *di favore* sono quelle che sottraggano una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di altra norma, maggiormente comprensiva e covigente. Rispetto ad essa si trovano, quindi, in un rapporto di "specialità sincronica". Viceversa, le norme penali *più favorevoli* sostituiscono norme anteriori, succedendo ad esse con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva, ponendosi così in rapporto di "specialità diacronica" (tra norma abrogata e norma abrogatrice).

Chiaramente diverse sarebbero le conseguenze in caso di pronuncia di incostituzionalità in quanto: *i)* nella prima ipotesi resterebbe salva la riserva al legislatore circa le scelte di criminalizzazione, posto che l'effetto in *malam partem* rappresenterebbe una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale dettata dallo stesso legislatore; *ii)* nella seconda «la richiesta di sindacato in malam partem mirerebbe […] piuttosto a ripristinare la norma abrogata, espressiva di scelte di criminalizzazione non più attuali, operazione, questa, senz'altro preclusa alla Corte, in quanto chiaramente invasiva del monopolio del legislatore su dette scelte» (Corte cost., sent. n. 394/2006, § 6. *Considerato in diritto*).

[183] Tuttavia, in senso opposto si registrano alcune eccezioni come, ad esempio, la sent. n. 394/2006 di cui si riporta la argomentazione centrale (e nella quale si distingue tra norme penali di favore e norme penali favorevoli, v. però nt. precedente): «Questa Corte ha peraltro chiarito che il principio di legalità non preclude lo scrutinio di costituzionalità, anche *in malam partem*, delle c.d. norme penali di favore: ossia delle norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni. Di tale orientamento – che trova la sua prima compiuta enunciazione nella sentenza n. 148 del 1983 – questa Corte ha fatto ripetute applicazioni (sentenze n. 167 e n. 194 del 1993; n. 124 del 1990; n. 826 del 1988), anche in rapporto a questioni di costituzionalità omologhe a quelle oggi in esame, dirette a conseguire una modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di determinate figure di reato (sentenza n. 25 del 1994; v., altresì, le ordinanze n. 95 del 2004 e n. 433 del 1998, con le quali la Corte ha scrutinato direttamente nel merito questioni di tal fatta). Esso si connette all'ineludibile esigenza di evitare la creazione di "zone franche" dell'ordinamento (così la sentenza n. 148 del 1983), sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l'assenza d'uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria. Qualora alla preclusione dello scrutinio di costituzionalità *in malam partem* fosse attribuito carattere assoluto, si determinerebbe, in effetti, una situazione palesemente incongrua: venendosi a riconoscere, in sostanza, che il legislatore è tenuto a rispettare i precetti costituzionali se effettua scelte di aggravamento del trattamento penale, mentre può violarli senza conseguenze, quando dalle sue opzioni derivi un trattamento più favorevole. In accordo con l'esigenza ora evidenziata, va osservato che il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali; ma non le preclude decisioni ablative di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo (sentenza n. 148 del 1983): e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite). In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto *in malam partem* non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva».

accoglimento in *bonam partem* mostra un atteggiamento più flessibile. Approccio, questo, che deriva necessariamente da un assunto di fondo, ossia che il principio di legalità rinviene il suo fondamento soltanto nel principio di autodeterminazione dell'individuo, mentre la discrezionalità legislativa «dovrebbe essere intoccabile a prescindere dalla direzione dell'intervento della Corte, giacché, come è noto, il principio di cui all'art. 25, comma 2, Cost. riserva al legislatore il compito di creare e modificare reati e pene, garantendo che sia la legge a decidere sull'*an*, sul *quantum* e sul *quomodo* delle pene. Anche un intervento in *bonam partem* implica, di per sé, una scelta su questi tre profili, che dovrebbe essere riservata al legislatore in ossequio al principio del diritto penale come *extrema ratio*»[184].

In altre parole, non si può accogliere l'assunto per cui la discrezionalità del legislatore abbia di contorni diversi a seconda del tipo di intervento adottato (se punitivo o di favore). Non a caso la stessa Corte nel differenziare il proprio orientamento non richiama la discrezionalità (bene o male esercitata che sia) ma, piuttosto, il principio di legalità penale e la questione allora, almeno per quanto riguarda queste ultime osservazioni, non sembra toccarci direttamente.

§ II.3.3. – *Prime riflessioni critiche*

Si può ora tentare di ricostruire complessivamente le direttrici lungo le quali si muove la Corte nei suoi interventi all'interno della materia penale. Un primo aspetto che non si può non constatare è il ruolo centrale alla riserva di legge dell'art. 25 Cost. È particolarmente evidente, infatti, come il Giudice delle leggi dimostri un particolare rispetto delle prerogative del legislatore. Questo dato traspare con maggiore frequenza in determinate materie (§ 3.2.), ma soprattutto si evince da tre particolari circostanze più generali. Si tratta de *i)* l'ammissibilità delle sentenze con effetti *in bonam partem* che non richiedano addizioni o manipolazioni; *ii)* l'inammissibilità delle sentenze additive *in malam partem*; *iii)* la più soffertamente riconosciuta ammissibilità delle sentenze con effetti *in mala partem* aventi ad oggetto norme di favore e favorevoli.

Per quanto riguarda tutti questi casi la matrice comune è rappresentata dal rifiuto dell'esercizio di una attività "paranormativa" in competizione con il Parlamento. Ciò è evidente nelle prime due ipotesi (*sub i); ii)*), ma alcuni dubbi potrebbero sorgere sulla terza (*sub iii)*). Nondimeno, almeno nelle motivazioni della Corte, lo sconfinamento

[184] M. D'Amico, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., 12.

nel merito delle scelte discrezionali del legislatore è più apparente che reale. Relativamente alle norme di favore, difatti, la Corte si trincera dietro al concetto di *riespansione* della norma "di sfavore" già esistente nell'ordinamento (e che quindi non viene generata dalla pronuncia d'incostituzionalità)[185]; mentre con riferimento alle norme favorevoli si giustifica la riviviscenza (che riconosce come vera e propria potenziale scelta di politica criminale) soltanto alla luce della necessità di ripristinare la legalità violata da interventi contrari al principio stesso della riserva di legge, quali l'intervento in materia penale macchiato dall'eccesso di delega o operato per mezzo di emendamenti eterogenei in sede di conversione di decreti legge, ovvero ancora da parte del legislatore regionale[186]. Tuttavia, tali circostanze non coprono tutti i diversi

[185] Cfr. Corte cost., sent. n. 394/2006 sul falso elettorale: «il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali; ma non le preclude decisioni ablative di norme che sottraggano determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo (sentenza n. 148 del 1983): e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza (previsione di una scriminante, di una causa di non punibilità, di una causa di estinzione del reato o della pena, di una circostanza attenuante o di una figura autonoma di reato punita in modo più mite). In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto in malam partem non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria. Tale riespansione costituisce una reazione naturale dell'ordinamento – conseguente alla sua unitarietà – alla scomparsa della norma incostituzionale: reazione che si verificherebbe in ugual modo anche qualora la fattispecie derogatoria rimossa fosse più grave; nel qual caso a riespandersi sarebbe la norma penale generale meno grave, senza che in siffatto fenomeno possa ravvisarsi alcun intervento creativo o additivo della Corte in materia punitiva».

Ma v. anche la notissima Corte cost., sent. n. 28/2010 sulle ceneri di pirite (e il problema della loro qualificazione tra sottoprodotto e rifiuto).

[186] Tutti casi in cui l'oggetto della questione non tocca direttamente il problema della discrezionalità del legislatore. A titolo di esempio sul tema della violazione della legge di delega cfr. almeno Corte cost., sent. n. 5/2014 con note di C. Caruso, *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore. La rivincita della legalità costituzionale?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2014, 122 ss.; M. Scoletta, *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 1 ss.; F. Pacini, Abrogatio non petita, accusatio manifesta*: la Corte costituzionale interviene sulle vicende del d.lgs. n. 43 del 1948*, in *federalismi.it*., 2014, 1 ss.; A. Lollo, *La giurisprudenza costituzionale sul sindacato delle "norme penali più favorevoli" ad una svolta. La Corte adotta un paradigma "sostanziale" ed estende (giustamente) il sindacato di costituzionalità ai casi di violazione della legge di delega.* (Osservazioni minime a margine di Corte cost. n. 5 del 2014), in *Osservatorio costituzionale*, 2014, 1-12; P. Carnevale, *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, in *Giur. cost*., n. 4/2014, 3587 ss.; C. Cupelli, *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopo politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2/2014, 977 ss.; C. Cupelli, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost*., n. 1/2015, 181 ss.; C. Cupelli, *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 1/2018, 1 ss.; I. Del Vecchio, *Tendenze in materia di delegazione legislativa nella giurisprudenza recente*, in *federalismi.it*, n. 3/2015, 1 ss.; G. Piccirilli, *È incostituzionale la (plurima) abrogazione del divieto di associazioni di carattere militare. La Corte costituzionale opportunamente presidia il corretto equilibrio tra riserva di legge in materia penale e legislazione delegata*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2014, 1 ss.; E. Profiti, *L'illegittima abroga-*

"comportamenti" della Corte nella materia penale. Vi sono, infatti, almeno altre due tipologie di intervento, nelle quali sembra trasparire un deciso mutamento del criterio ispiratore dell'attività del Giudice delle leggi: da un lato egli non sempre rispetta il proposito di non intervenire con sentenze additive *in malam partem*, dall'altro si è già visto come esistano sentenze manipolative con effetti *in bonam partem* (§ 3.1.). Qui il rispetto del paradigma della riserva di legge così come della discrezionalità non sembra più indirizzare (*rectius:* limitare) il Tribunale costituzionale nella sua attività. La questione, così posta, merita qualche ulteriore precisazione.

Per quanto riguarda primariamente la possibilità di adottare additive *in malam partem* è bene sottolineare come la Corte non abbia mai ammesso esplicitamente, ed anzi abbia sempre negato, di farne uso. L'unico esempio che può venire in mente in proposito riguarda la nota sent. n. 440/1995[187] sul reato di bestemmia, nella quale, però, si ribadisce l'impossibilità di intervenire tramite addizioni proprio per l'esistenza del principio di cui all'art. 25 Cost.[188], sebbene si riconosca

zione per difetto di delega del reato di "associazione militare per scopi politici": quando il principio della riserva di legge non preclude una sentenza di illegittimità costituzionale con effetti in malam partem, in *Cassazione penale*, n. 9/2014, 2890 ss.; G. Toscano, *Ai confini del sindacato di costituzionalità sulle norme penali* "in bonam partem", in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1/2016, 304.

[187] Annotata, tra i molti, da: L. Barbieri, Nullum crimen sine iniuria*: principio di laicità e tutela penale dei culti,* in *Il dir. fam. per.*, n. 4/1996, 1292 ss.; M. Canonico, *L'incriminazione della bestemmia e l'insospettata interpretazione escogitata dalla Corte costituzionale,* in *Il dir. fam. per.*, n. 4/1996, 1310 ss.; N. Colaianni, *La bestemmia ridotta e il diritto penale laico*, in *For. it.*, n. 1/1996, I, 30 ss.; F. Ramacci, *La bestemmia contro la divinità: una contravvenzione delittuosa?*, M. D'Amico, *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la divinità*, entrambi in *Giur. cost.*, n. 5/1995, 3484 ss.; G. Di Cosimo, *Sulla discussa tutela penale del sentimento religioso*, in *Giur. cost.*, n. 6/1995, 4522 ss.; O. Di Giovine, *La bestemmia al vaglio della Cort. cost.: sui difficili rapporti tra Consulta e legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/1996, 824 ss.; A. Guazzarotti, *Perché imporre l'incriminazione della bestemmia? (Diritto penale religioso e incompetenza dello Stato* in spiritualibus), in *Giur. cost.*, n. 6/1995, 4531 ss.; P. Lillo, *Corte costituzionale e art. 724 c.p.: cronaca di una incostituzionalità annunciata e dichiarata*, in *Giur. cost.*, n. 6/1995, 4542 ss.; P. Moneta, *Il reato di bestemmia "depurato" dalla Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1996, 297; F.C. Palazzo, *La tutela della religione tra eguaglianza e secolarizzazione (a proposito della dichiarazione di incostituzionalità della bestemmia)*, in *Cass. pen.*, n. 1/1996, 47 ss.; L. Pasquale, *Corte costituzionale e art. 724 c.p.: cronaca di una incostituzionalità annunciata e dichiarata*, in *Giur. cost.*, n. 6/1995, 4542 ss.; P. Pittaro, *La parziale incostituzionalità del reato di bestemmia*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 455 ss.; R. Venditti, *Reato di bestemmia e pluralità di religioni*, in *Giur. cost.*, n. 6/1995, 4517 ss.

[188] § 3.4. *Considerato in diritto*: «La dichiarazione d'incostituzionalità dell'art. 724, primo comma, del codice penale deve tuttavia essere circoscritta alla sola parte nella quale esso comporta effettivamente una lesione del principio di uguaglianza. La fattispecie dell'art. 724, primo comma, del codice penale è scindibile in due parti: una prima, riguardante la bestemmia contro la Divinità, indicata senza ulteriori specificazioni e con un termine astratto, ricomprendente sia le espressioni verbali sia i segni rappresentativi della Divinità stessa, il cui contenuto si presta a essere individuato in relazione alle concezioni delle diverse religioni; una seconda, riguardante la bestemmia contro i Simboli o le Persone venerati nella religione dello Stato. La bestemmia contro la Divinità, come anche la dottrina e la giurisprudenza hanno talora riconosciuto, a differenza della bestemmia contro i Simboli e le Persone, si può considerare punita indipendentemente dalla riconducibilità della Divinità stessa a questa o a quella religione, sottraendosi così alla censura d'incostituzionalità. Del resto, dal punto di vista puramente testuale, ancorché la formula dell'art. 724 possa indur-

comunque una estensione dell'area del penalmente rilevante. Segnatamente, «il Giudice costituzionale ha alterato la scelta di politica criminale, includendo nei comportamenti ritenuti meritevoli di pena anche le offese a divinità diverse da quella venerata nella religione cattolica e giungendo dunque a proteggere non più la religione di stato, ma la fede religiosa in sé»[189]. Non a caso, tale pronuncia è stata anche definita una «additiva mascherata»[190]. Ma, l'impegno della Corte nel giustificare attraverso ragionamenti molto articolati il proprio intervento, e per escluderne così la portata manipolativa, dimostra la sua estrema riluttanza nell'agire in aperto contrasto con il principio di legalità penale. Con un approccio ben diverso da quello da essa tenuto nelle addizioni *in bonam partem*, in quanto, come visto, in più di un'occasione ha *esplicitamente* ritenuto di dover intervenire *nonostante* le implicazioni che questo avrebbe avuto rispetto al limite della discrezionalità del legislatore. È evidente, infatti, che anche attraverso interventi *in bonam partem* si compiano valutazioni di opportunità, in quanto le scelte di politica criminale non sono solo quelle incriminatrici.

Sembra delinearsi allora con maggior chiarezza la linea di intervento del Giudice costituzionale volta, da un lato, alla massima valorizzazione del c.d. principio del *favor rei* (in quanto mancano esplicite additive *in malam partem*)[191], dall'altro, alla massima tutela dei diritti fondamentali[192]. La discrezionalità del legislatore risulta perciò condizionata anche in un ambito, come quello penale (-sanzionatorio), che tradizionalmente aveva dimostrato di resistere maggiormente ad in-

re alla riconduzione unitaria delle nozioni di Divinità, Simboli e Persone nella tutela penalistica accordata alla sola "religione dello Stato", è da notarsi che, in senso stretto, il termine "venerati", impiegato nell'art. 724, è propriamente riferibile ai soli Simboli e Persone. Cosicché, dovendosi ritenere che il legislatore abbia fatto uso preciso e consapevole delle espressioni impiegate, il riferimento alla "religione dello Stato" può valere soltanto per i Simboli e le Persone. La norma impugnata si presta così ad essere divisa in due parti. Una parte - esclusa restando ogni valenza additiva della presente pronuncia, di per sé preclusa dalla particolare riserva di legge in materia di reati e di pene - si sottrae alla censura di incostituzionalità, riguardando la bestemmia contro la Divinità in genere e così proteggendo già ora dalle invettive e dalle espressioni oltraggiose tutti i credenti e tutte le fedi religiose, senza distinzioni o discriminazioni, nell'ambito – beninteso – del concetto costituzionale di buon costume (artt. 19 e 21, sesto comma, della Costituzione). L'altra parte della norma dell'art. 724 considera invece la bestemmia contro i Simboli e le Persone con riferimento esclusivo alla religione cattolica, con conseguente violazione del principio di uguaglianza. Per questa parte, delle due possibilità di superamento del vizio rilevato: l'annullamento della norma incostituzionale per difetto di generalità e l'estensione della stessa alle fedi religiose escluse, alla Corte costituzionale è data soltanto la prima, a causa del predetto divieto di decisioni additive in materia penale».

[189] M. D'Amico, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., 12.

[190] U. Adamo, «*Senza distinzione … di religione*». *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela del sentimento religioso*, in *Consulta Online*, n. 1/2018, 79.

[191] E questo può essere davvero l'unico vero principio sotteso, infatti si è già detto che il principio di legalità deve valere necessariamente sia per interventi *in malam* che *in bonam*.

[192] Tale indirizzo si palesa al massimo grado con la pronuncia Corte cost., sent. n. 242/2019.

terventi al di là del limite della legittimità, benché vada ricordato che le occasioni di superamento di tale limite sono state nel complesso davvero poche e tutte preannunciate da richiami più o meno espliciti al legislatore.

In estrema sintesi, quello che sembra trasparire da questa prima analisi è che nonostante gli ampi margini di discrezionalità riconosciuti al legislatore, esso risulti comunque sempre condizionato, sia dal punto di vista della razionalità, ma soprattutto rispetto alla attuazione e al rispetto dei diritti fondamentali, che si ritiene non possano essere compromessi né da un suo intervento positivo né da una sua eventuale inerzia. Ciononostante, la Corte stessa riconosce in questi casi di operare *oltre* quello che le sarebbe consentito ritenendo, quindi, tale tipo di intervento del tutto "straordinario". In altri termini la Corte supera (o viola) le regole soltanto perché costretta da una patologia del sistema ritenuta intollerabile.

§ II.4. – *La discrezionalità del legislatore nel diritto tributario (brevi cenni)*

Spostando l'attenzione sulla materia tributaria otteniamo ulteriori conferme di quanto accertato in ambito processuale prima e penalistico-sanzionatorio poi, e questo sia dal punto di vista dei tipi di pronunce adottate sia delle diverse tipologie dei dispositivi utilizzati[193]. Anche per quanto riguarda il dato numerico si può agilmente constatare come, di nuovo, l'assoluta maggioranza delle decisioni siano di rigetto o di inammissibilità (e quindi poco spazio abbiano le pronunce di accoglimento che facciano riferimento alla discrezionalità). Dunque, per evitare inutili ripetizioni, sembra opportuno concentrare sin da subito l'analisi sui profili inerenti alle motivazioni più ricorrenti, per verificare così se sussistano specificità che caratterizzano la discrezionalità del legislatore in materia fiscale.

Innanzitutto, emerge che la Corte riconosce al Legislatore ampi margini di intervento nella individuazione degli indici ritenuti concretamente espressivi di capacità contributiva, ritenendoli insindacabili se non manifestamente arbitrari o irragionevoli[194]. Naturalmente «que-

[193] Per dirne una è confermato senz'altro l'utilizzo delle pronunce di inammissibilità per interventi additivi ritenuti non costituzionalmente obbligati (v. *ex pluribus* Corte cost., sentt. nn. 149/2017; 281/2016; 280/2016; 231/2015; 44/1992; 80/1987; 25/1984, ma anche ord. 27/1988 che dichiara la *manifesta* inammissibilità).

[194] V. *ex multis* Corte cost., sent. n. 156/2001: «È costante nella giurisprudenza di questa Corte l'affermazione secondo la quale rientra nella discrezionalità del legislatore, con il solo limite della non arbitrarietà, la determinazione dei singoli fatti espressivi della capacità contributiva che, quale idoneità del soggetto all'obbligazione di imposta, può essere desunta da qualsiasi indice che sia rivelatore di ricchezza e non solamente dal reddito indivi-

sta discrezionalità si riduce laddove sul piano comparativo vengano in evidenza, in concreto, altre situazioni in cui lo stesso legislatore, in difetto di coerenza nell'esercizio della stessa, ha effettuato scelte impositive differenziate a parità di presupposti»[195]. E in questi termini, assume un ruolo centrale il principio di uguaglianza strettamente inteso.

Lo stesso accade anche per quanto riguarda la previsione di sgravi, detrazioni, o esenzioni[196] sui quali essa ritiene di non poter sindacare[197], sempre che, però, sia rispettato il limite ultimo della ragionevolezza e non arbitrarietà della disciplina[198].

Se questi sembrano i principali elementi che caratterizzano i margini entro i quali la Corte consente un ampio esercizio della discrezionalità del legislatore tributario, tuttavia, affiora un ulteriore elemento che parrebbe aver contribuito significativamente a determinarne i confini: sono le (possibili) conseguenze economiche delle decisioni di accoglimento[199]. Sono evidenti in questi casi le preoccupazioni del Tribunale costituzionale di evitare incostituzionalità o comunque conseguenze ancora peggiori di quelle di partenza[200]. Un esempio emblematico riguarda la nota sentenza 10/2015[201] sulla c.d. Robin Hood Tax.

---

duale». Così anche Corte cost., sentt. nn. 111/1997; 21/1996; 143/1995; 159/1985; 63/1982; 41/1975; 200/1972; 144/1972.

[195] Corte cost., sent. n. 288/2019. Ma v. anche Corte cost., sent. n. 14/1995 secondo la quale «è rimessa alla discrezionalità del legislatore l'individuazione degli indici concretamente rivelatori di ricchezza da assumere a presupposto dell'imposizione, salvo il limite dell'arbitrarietà e dell'irragionevolezza, e comunque dell'esigenza del pari trattamento quando sussista identità nelle situazioni di fatto prese in considerazione dalla legge».

[196] «Nel disciplinare la materia delle esenzioni e delle riduzioni d'imposta, il legislatore gode di ampia discrezionalità, il cui esercizio non è sindacabile da questa Corte se non per manifesta irragionevolezza o arbitrarietà» (Corte cost., sent. n. 119/1999, ma anche sent. n. 113/1996).

[197] Ma anche la loro misura: «la determinazione di questa, infatti, scaturisce da una complessiva valutazione della situazione economica del paese, delle esigenze della pubblica spesa e dell'incidenza che sulle finanze statali può produrre la concessione di maggiori detrazioni, vale a dire da una valutazione discrezionale affidata alla competenza e responsabilità del legislatore» (Corte cost., sent. n. 97/1968).

[198] *Ex pluribus* Corte cost., sentt. nn. 325/2008; 320/1995. Sull'affidamento della spettanza di un'agevolazione come non costituzionalmente tutelabile 285/2004 e 374/2002. Sulle agevolazioni fiscali, i loro limiti e condizioni v. Corte cost., sentt. nn. 494/1991; 28/1988; ordd. nn. 113/1989; 319/1987. Su specifici sgravi contributivi v. almeno Corte cost., sentt. nn. 457/1989; 108/1983 (quest'ultima in particolare sulla attività scientifiche e culturali in genere).

[199] Sembrerebbe un problema molto pratico seppur "vestito" tramite il principio di equilibrio di bilancio di cui all'art. 81, nonostante questo sembri più correttamente da riferirsi al solo legislatore, anche considerato la sua collocazione all'interno della "Sezione II, *La formazione delle leggi*" (su questo ultimo punto cfr. R. Bin, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 3).

[200] D. Tega, *La Corte nel contesto*, cit., 31 ss.

[201] Sul tema sono state molto le note della dottrina, senza pretesa di esaustività ci si limita a ricordare in questa sede: P. Veronesi, *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 1 ss.; S. Scagliarini; *L'incostituzionalità sopravvenuta sfuggita alla Corte*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 1 ss.; S. Scagliarini, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2015, 1 ss.; D. Stevanato, *La "Robin Hood Tax" e i limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Riv. giur. trib.*, 2008, 841 ss.; I. Massa Pinto, *La sentenza del-*

Cercando di riassumere la vicenda, il Giudice delle leggi ave-

la Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiurisdizionalismo costituzionale, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015, 1 ss.; A. Ruggeri, Sliding doors *per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015),* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 9 aprile 2015, 1 ss.; A. Pugiotto, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 3 aprile 2015, 1 ss.; A. Pin, E. Longo, *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità "in concreto" o realistico?,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4/2015, 24 aprile 2015, 1 ss.; S. Panizza, *L'argomentazione della Corte costituzionale in ordine al fondamento e alla disciplina del potere di modulare il profilo temporale delle proprie decisioni,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 30 aprile 2015, 1 ss.; S. Scagliarini, *La Corte tra* Robin Hood Tax *e legislatore "Senzaterra",* in *Consulta Online,* 20 aprile 2015, 232-241; A. Morelli, *Tutela* nel *sistema o tutela* del *sistema? Il «caso» come occasione della «tutela sistemica» della legalità costituzionale e la «forza politica» del Giudice delle leggi (notazioni a margine di Corte cost. n. 10/2015),* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 27 aprile 2015, 1 ss.; R. Dickmann *La corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività,* in *federalismi.it,* n. 4/2015, 1 ss.; M. Bignami, *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, in *www.questionegiustizia.it*, 18 febbraio 2015, 1 ss.; M. D'Amico, *Corte e l'applicazione (nel giudizio* a quo*) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 3 aprile 2015, 1 ss.; F. Cocozza, *Un salomonico equilibrio tra* "giusta misura" *e* "decisione" *nella sentenza n° 10/2015. La Corte costituzionale "vestale" dei conti pubblici tra i guasti del funambolismo finanziario ed il miraggio di politiche pro-concorrenziali,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 26 aprile 2016, 1 ss.; C. Bergonzini, *Note a margine di Corte cost. n. 10 del 2015: uno sguardo al merito (e alle fonti),* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 27 aprile 2015, 1 ss.; L. Antonini, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 23 aprile 2015, 1 ss.; R. Pinardi, *La Corte e la crisi tra bilanciamenti di interessi ed «impatto macroeconomico» delle pronunce d'incostituzionalità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 27 aprile 2015, 1 ss.; R. Bin, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 27 aprile 2015, 1 ss.; C. Mainardis, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità (un'osservazione a C. cost. n. 10/2015),* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 9 aprile 2015, 1 ss.; D. Messineo, «Accadde domani»*: l'illegittimità costituzionale ipotetica di un seguito legislativo mancato nella sentenza della Corte costituzionale sulla "Robin Tax"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 24 aprile 2015, 1 ss.; R. Romboli, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo* a quo *la norma dichiarata incostituzionale* ab origine*: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 6 aprile 2015, 1 ss.; L. Antonini, *Il principio di stretta proporzionalità nel sindacato costituzionale delle leggi tributarie: potenzialità e limiti*, in *Rassegna tributaria*, n. 5/2015, 1064-1078; M. Bignami, *Gli effetti temporali delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale nella prospettiva del diritto comparato*, in *Rassegna tributaria,* n. 5/2015, 1128-1142; G. Bizioli, *L'incostituzionalità della "Robin Hood Tax" fra discriminazione qualitativa dei redditi ed equilibrio di bilancio*, in *Rassegna tributaria,* n. 5/2015, 1079-1092; P. Boria, *L'illegittimità costituzionale della "Robin Hood Tax". E l'enunciazione di alcuni principi informatori del sistema di finanza pubblica*, in *GT - Rivista di giurisprudenza tributaria,* n. 5/2015, 388-396; F. Campodonico, *"Robin Hood Tax": la Corte costituzionale fa chiarezza sui criteri di determinazione della ragionevolezza del tributo*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 3/2015, pt. 2, 459-482; V. Caputi Jambrenghi, *La decorrenza degli effetti dell'annullamento di norma impositiva sulla gestione di bilancio*, in *Rassegna tributaria,* n. 5/2015, 1175-1191; S.F. Cociani, *L'*"horror vacui" *e l'irretroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale*, in *Rivista di diritto tributario*, 1/2015, pt. 2, 12-33; A. Fedele, *Principio di eguaglianza ed apprezzamento delle "diverse situazioni dei contribuenti" in tema di legittimità costituzionale della c.d. "Robin Hood Tax",* in *Rivista di diritto tributario*, n. 1/2015, pt. 2, 4-12; G. Fransoni, *Il "dialogo fra le Corti" e la graduazione degli effetti delle sentenze sulla costituzionalità dei tributi: problemi e tecniche*, in *Rassegna tributaria,* n. 5/2015, 1143-1157; G. Fransoni, *L'efficacia nel tempo della declaratoria di incostituzionalità della "Robin Hood Tax"*, in *Corriere tributario*, n. 13/2015, 967-972; E. Grosso, *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2015, 79-90; G. Ingrao, *La c.d. "Robin Hood Tax" determina un corto circuito tra Corte costituzionale e giudice di merito*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 2/2015, pt. 2, 116-132; A. Marcheselli, S.M. Ronco, *L'"incostituzionalità differita" della c.d. "Robin Tax", tra diritti fondamentali, analisi economica del diritto e diritto dell'Unio-*

va ritenuto incostituzionale l'introduzione da parte del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 di una maggiorazione dell'aliquota Ires pari al 5,5%, a carico delle imprese operanti nel settore energetico e petrolifero che avessero conseguito nel periodo di imposta precedente ricavi superiori ai 25 milioni di euro, alle quali si imponeva anche il divieto di traslazione sui prezzi al consumo. La struttura dell'imposizione è stata considerata inadeguata allo scopo, sia perché non colpiva solo la parte di reddito connessa alla posizione privilegiata dei contribuenti (la base imponibile dell'addizionale è costituita infatti dall'intero reddito d'impresa), sia perché mancava la predeterminazione di un arco temporale di efficacia commisurato al permanere della congiuntura descritta.

Tuttavia, la parte più rilevante della pronuncia riguarda, piuttosto, gli *effetti* della decisione: la Corte ha deciso di rimuovere soltanto *pro futuro* la normativa impugnata, ossia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza in Gazzetta Ufficiale. Secondo il Collegio, infatti, le restituzioni dei versamenti tributari effettuati conseguenti ad una pronuncia caducatoria "ordinaria" avrebbero pregiudicato l'equilibrio di bilancio (art. 81 Cost.)[202], imponendo una manovra finanziaria aggiuntiva, oltre a compromettere anche istanze di solidarietà sociale (artt. 2 e 3 Cost.), dato che il costo dell'illegittimità sarebbe ricaduto inevitabilmente sui cittadini. Infine, avrebbe determinato un'ingiustificata disparità di trattamento tra gli operatori del settore energetico, in quanto le imprese che fossero riuscite a traslare gli oneri sui consumatori avrebbero conseguito un indebito vantaggio rispetto alle concorrenti.

A differenza di quanto accaduto in casi precedenti[203] il Giudice delle leggi ha deciso pertanto di *differire gli effetti* dell'accoglimento malgrado l'accertata *illegittimità originaria* delle disposizioni censurate[204], rovesciando le affermazioni con le quali a suo tempo aveva contrastato la prassi della Corte di Giustizia dell'Unione europea di limitare la portata retroattiva delle pronunce di annullamento di atti comunitari, sino a escludere talvolta che le relative pronunce producessero effetti sullo stesso giudizio che aveva originato il rinvio pregiudiziale[205].

---

ne europea: il futuro della fiscalità tra nuove categorie concettuali e rischi di "teratogenesi" giuridica, in *Consulta online*, n. 3/2015, 1 ss.

[202] Dubitano dell'entità di questa "compromissione" M. D'Amico, *La Corte e l'applicazione (nel giudizio* a quo*) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 aprile 2015, 3; C. Mainardis, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità*, cit., 6.

[203] Corte cost. sentt. nn. 266 e 501/1988; 50/1989.

[204] Per P. Veronesi si tratterebbe di una sorta di illegittimità riscontrata, ma non dichiarata per il passato (*La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, cit., 4).

[205] Corte cost., sent. n. 232/1989: «il diritto di ognuno ad avere per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dalla autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio prin-

Provando a ricostruire la *ratio* della pronuncia in esame sembrerebbe emergere come il presupposto di fondo della decisione sia stata la (presunta) impossibilità di trovare altre «soluzioni che a parità di efficacia penalizzino di meno i diritti sacrificati»[206]. Soluzioni che tuttavia avrebbe potuto (o, forse, dovuto) ponderare *ex post* il legislatore a seguito della pronuncia di incostituzionalità, e non tanto *ex ante* la Corte tramite un'indebita attività creativa[207]. Detto in altri termini, sarebbe stato compito del Parlamento evitare le conseguenze temute dal Giudice costituzionale, senza la necessità che questo dovesse «pronunciarsi con riferimento a un potere legislativo "non ancora esercitato"», infatti, «numerose dichiarazioni di illegittimità costituzionale sono suscettibili di alterare gli equilibri di bilancio: ma le decisioni relative alla (re) distribuzione degli oneri e delle risorse conseguenti a tali decisioni dovrebbero spettare pur sempre al Parlamento»[208].

Il Giudice delle leggi configura il suo intervento come un bilanciamento tra principi[209], ma «[r]itenere il rispetto delle regole processuali un valore "interno" all'opera di bilanciamento, significa in sostanza negare l'esistenza di un diritto processuale costituzionale e la funzione in via di principio attribuita e riconosciuta alle regole processuali, togliendo loro qualsiasi, reale significato, una volta che la violazione delle stesse può sempre essere giustificata e legittimata attraverso il richiamo alla "ragionevolezza dei fini di volta in volta presumibilmente perseguiti dalla Corte" oppure alla "ragionevolezza del mezzo

cipale, che dovrebbe quindi essere deciso con l'applicazione di una norma riconosciuta illegittima».

[206] C. Mainardis, *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità*, cit., 5 ss., che infatti ipotizza alternative come «una restituzione delle somme diluita nel tempo e adeguatamente rateizzata, così da incidere per percentuali ancor più limitate sul bilancio annuale dello Stato e facilitare ulteriormente l'individuazione delle minori spese o delle maggiori entrate a ciò necessarie (salvaguardando il complessivo equilibrio di bilancio)».

[207] Così S. Scagliarini, *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"*, cit., 234; I. Massa Pinto, *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiurisdizionalismo costituzionale*, cit., spec. 2 e 6; P. Veronesi, *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, cit., 1 ss.

[208] D. Messineo, «Accadde domani»*: l'illegittimità costituzionale ipotetica di un seguito legislativo mancato nella sentenza della Corte costituzionale sulla "Robin Tax"*, cit., 3-4. Verrebbe da notare che anche per questo motivo si sia avuta un'indebita (seppur, forse, indiretta) ingerenza nelle scelte del legislatore.

[209] Sul tema si veda: M. Klatt, *Positive rights: Who decides? Judicial review in balance*, in *ICON*, vol. 13, n. 2/2015, 354-382. Più di recente v. criticamente sulla possibilità di bilanciare il principio della 'separazione dei poteri' con la 'garanzia dei diritti': R. Romboli, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in E. Malfatti, V. Messerini, R. Romboli, E. Rossi, A. Sperti (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova "stagione" nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore*, Pisa, Pisa University Press, 2023, 301-334.

prescelto"»[210]. Perché non esiste nessun vero principio di retroattività da bilanciare e, in realtà, «[n]on c'è nessuna "retroattività" discendente dall'effetto dell'annullamento di un atto, ma c'è invece una precisa norma che vieta ai soggetti dell'applicazione del diritto di applicare la legge una volta che essa sia stata dichiarata illegittimità. Non si tratta affatto di un principio di cui la Corte possa o debba tener conto, ma di una regola della cui applicazione la Corte non si deve preoccupare, perché si rivolge – appunto – ai giudici e alla amministrazione pubblica»[211].

Allora è chiaro come l'apporto manipolativo del Tribunale costituzionale sia stato particolarmente importante in questa occasione, e questo non solo a discapito della discrezionalità del legislatore, ma anche delle regole del processo costituzionale che sempre più sembrano nella disponibilità della stessa Corte che le plasma a seconda delle necessità per il tramite della propria giurisprudenza[212]. Ma, ancora una volta, all'eccezionalità del tipo di pronuncia utilizzata ha corrisposto il suo rimanere un caso isolato: una risposta eccezionale del Giudice costituzionale, a fronte dell'entità eccezionale delle conseguenze (*i.e.:* "somme") in discussione[213].

Problematiche per certi versi analoghe si ritrovano anche nella materia previdenziale, nella quale il problema "economico" è certamente presente, in quanto condiziona direttamente la realizzazione di quei diritti sociali che richiedono un intervento attivo da parte dello Stato[214].

---

[210] R. Romboli, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo* a quo *la norma dichiarata incostituzionale* ab origine*: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, cit., 3.

[211] R. Bin, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, cit., 4.

[212] C'è chi sostiene che la prassi temporalmente manipolativa verso il futuro svolgerebbe anche la funzione di salvaguardare lo spazio discrezionale del legislatore (N. Fiano, *Tra tutela ordinamentale e discrezionalità legislativa: le* unvereinbarkeitserklärungen *quale possibile modello di ispirazione per la gestione degli effetti delle sentenze di accoglimento*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 19 settembre 2019, 299). Tuttavia, sembrerebbe che, più che un vero e proprio rispetto della discrezionalità del legislatore (per le scelte passate, così delicate sotto il profilo dell'equilibrio di bilancio) si sia avuto, piuttosto, un intervento fortemente manipolativo delle regole del processo costituzionale.

[213] R. Pinardi, *La Corte e la crisi tra bilanciamenti di interessi ed «impatto macroeconomico» delle pronunce d'incostituzionalità*, cit., *passim*, spec. 1.

[214] Anche per quanto riguarda l'utilizzo dei dispositivi e dei tipi di pronunce si rinviene lo stesso *modus operandi* visto sinora. A titolo di mero esempio si può riportare la scelta di pronunce di inammissibilità per le richieste additive non costituzionalmente obbligate (v. ad esempio Corte cost., sent. n. 44/2017: «Esso appare, inoltre, volto a ottenere da questa Corte un'addizione ampiamente manipolativa […] non "a rime costituzionalmente obbligate", ma affidata, per una precisa individuazione, alla discrezionalità del legislatore»; ma anche Corte cost. sentt. nn. 470/2005; 102/1998; 265/1992; 25/1991; 527/1987; 224/1984), o l'utilizzo anche del "tipo" inammissibilità-monito (v. Corte cost., sent. n. 431/1993: «E ciò appunto impone – come anticipato – la inammissibilità della questione sollevata, mentre la individuazione della soluzione più idonea ad eliminare la rilevata situazione non in sintonia con la Costituzione resta riservata alla scelta discrezionale del legislatore. Al quale la Corte non può, peraltro, non rivolgere l'invito a provvedere, al riguardo, con l'opportuna sollecitudine»; ma cfr. anche Corte cost., sent. n. 166/2017).

Più nel dettaglio, in tale ambito la Corte riconosce al Parlamento una ampissima discrezionalità nella ponderazione degli interessi in gioco ed in particolare sulla sostenibilità delle scelte di politica previdenziale[215]. In altri termini, essa ritiene che soltanto il legislatore possa compiere quel «bilanciamento del complesso dei valori e degli interessi costituzionali coinvolti, anche in relazione alle risorse finanziarie disponibili e ai mezzi necessari per far fronte agli impegni di spesa»[216]. Sembrerebbe quindi emergere una discrezionalità del legislatore rinforzata, ritenuta particolarmente impermeabile a interventi del Tribunale costituzionale che potrebbero richiedere rivalutazioni di bilancio. Il principio di cui all'art. 81 Cost. contribuirebbe così a delineare l'area insindacabile delle «scelte di politica sociale ed economica»[217]. Tuttavia, se questo può ritenersi vero oggi, è bene ricordare come in particolare prima degli anni Ottanta la Corte tenesse un ben altro atteggiamento rispetto alle possibili conseguenze di carattere economico delle sue pronunce. Negli anni Sessanta e Settanta, infatti, la sua attenzione era rivolta piuttosto al tentativo di dare razionalità a un quadro normativo assai articolato ereditato in parte dalla legislazione fascista[218] e tale operazione è stata possibile soltanto attraverso l'utilizzo di numerose sentenze c.d. additive di prestazione[219] con le quali, assumendo a parametro l'art. 3 Cost., ha introdotto (o esteso) prestazioni sociali a carico dei pubblici poteri a soggetti ritenuti illegittimamente esclusi[220]. Questo naturalmente con oneri aggiuntivi non preventivati dal

[215] *Ex pluribus* Corte cost., sentt. nn. 159/2019; 259/2017; 250/2017; 208/2014; 316/2010; 30/2004; 434/2002; 372/1998; 409/1995; 1109/1988; 220/1988; 180/1982.

[216] Corte cost., ordd. nn. 202/2006 e 531/2002.

[217] Corte cost., sent. n. 173/1988.

[218] *Ex pluribus* Corte cost., sentt. nn. 78/1967; 124/1968; 5/1969; 144/1971, 57/1973 e 240/1994.

[219] Il tema delle c.d. additive di prestazione non tocca *direttamente* quello della discrezionalità del legislatore, ma semmai questo può accadere "soltanto" di riflesso. Piuttosto, sembrerebbe un problema di seguito legislativo (che sì ha anche questo a che fare con l'esercizio di una *certa* discrezionalità, ma che tuttavia si ritiene di poter tenere distinta). Non potendo affrontare la questione in questa sede sia allora consentito di rimandare almeno a L. Elia, L*e sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale: ottobre 1981 - luglio 1985*, in Aa.Vv. *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, Cedam, 1985, 314. Tra le pronunce più significative sul tema v. sentt. nn. 99 del 1995 con nota di S. Giorgis, *La Corte costituzionale riserva al legislatore la tutela dei diritti che costano?*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 10/1995, 529 ss.; 455/1990 con note di E. Ferrari, *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie tra bilanciamento e gradualità*, in *Le Regioni*, n. 5/1991, 1513 ss.; D. Morana, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2015, 1 ss.; C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali - Relazione al XXVIII convegno annuale dell'Aic*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 1 ss.; D. Tega, Welfare *e crisi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 2/2014, 303 ss.

[220] *Giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale*, in *Documentazione parlamentare. Studi - Lavoro*, 12 giugno 2018 (consultabile al *link*:
https://temi.camera.it/leg18/post/pl18_giurisprudenza_costituzionale_previdenza.html).

legislatore ed in potenziale tensione – se non in contrasto – con l'art. 81 Cost.[221].

Pertanto, l'equilibrio di bilancio, oltre a porre certamente un limite alla discrezionalità del legislatore, contribuisce, al tempo stesso, a delineare un'area nella quale la Corte non può intervenire[222], con modalità tutto sommato analoghe a quelle viste rispetto al principio di legalità – e forse, piuttosto, al *favor rei* – nella materia penale-sanzionatoria[223].

L'analisi svolta, nel suo complesso, conferma l'esistenza di materie nelle quali è certamente più accentuato un *self restraint* del Giudice costituzionale, anche se per il tramite del controllo di ragionevolezza esso ritiene comunque possibile un suo intervento in caso di scelte manifestamente arbitrarie. Abbiamo visto che questo accade per la materia processuale, per quella penale e per quella tributaria (e pure, come visto incidentalmente, per quella previdenziale). In aggiunta, si è riscontrato che all'interno di queste aree sembrerebbero esserci specifici ambiti particolarmente "resistenti" ad un controllo di costituzionalità. Ciò si è riscontrato in particolare in tre casi: *i)* per le scelte che toccano (direttamente o indirettamente) la spesa pubblica, *ii)* per la determinazione delle diverse regole e tipi processuali, *iii)* per gli interventi con effetti *in malam partem* in materia sanzionatoria.

È necessario invece tenere distinta una ulteriore questione, del tutto trasversale, rispetto alla quale la Corte ha sempre manifestato particolare cautela: quella delle sentenze additive. Infatti, soltanto in un caso sono ormai ammesse senza particolari imbarazzi, ossia qualora vi sia un'unica soluzione costituzionalmente obbligata. Il motivo risiede sostanzialmente nel fatto che in questi casi non vi sarebbe alcun margine di discrezionalità da esercitare[224]: l'attività che si renderebbe necessaria sarebbe meramente quella di "scoprire" l'opzione necessitata. Fuori di questa ipotesi, soltanto in via del tutto eccezionale il Giudice delle leggi ha ritenuto di dover intervenire pur in assenza di "rime obbligate" perché, almeno ai suoi occhi, costretto dalla natura degli in-

[221] V. almeno G. Zagrebelsky, *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in Aa.Vv., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, Giuffrè, 1993, 99-158.

[222] Sempre che non ricorrano scelte normative palesemente irrazionali (cfr. almeno Corte cost., sentt. nn. 73/1992; 485/1992 e 347/1997).

[223] Tuttavia, è quantomeno singolare il fatto che la Corte abbia negli anni incrementato il suo *self restraint* in ambito previdenziale (almeno rispetto al profilo ora affrontato), andando controcorrente rispetto alle altre materie che (più o meno marcatamente) hanno visto piuttosto una evoluzione inversa. La spiegazione parrebbe essere ancora molto pragmatica: l'equilibrio di bilancio, ma ancor più il problema sempre crescente della limitatezza delle risorse è ormai diventato un aspetto con cui "fare i conti" anche per lo stesso Giudice costituzionale.

[224] … e questo varrebbe sia per il legislatore che per la Corte.

teressi in gioco (*i.e.*: i diritti fondamentali) nonché, spesso, dalla perdurante inerzia del legislatore. In altri termini, l'eccezionalità della situazione giustifica l'eccezionalità del rimedio: l'intervento della Corte al di là dei poteri formalmente conferitile dalla Carta rappresenta il proverbiale "male minore".

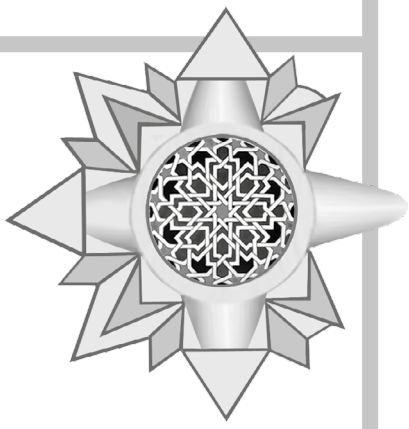
Per certi versi sembra quindi emergere un insieme di questioni più propriamente "politiche", o che comunque difficilmente possono trovare una soluzione all'interno di un tribunale – seppur particolarissimo come è quello costituzionale –, e che quindi non potrebbero essere affrontate dalla Corte[225]. Proprio queste ultime riflessioni sembrerebbero allora avvicinare il limite della discrezionalità del legislatore al limite di *political question* elaborato negli Stati Uniti, secondo il quale non sarebbero giustiziabili determinate questioni di competenza di altri poteri dello Stato. D'altronde è dalla fine degli anni Sessanta che la dottrina si interroga se un fenomeno analogo sia davvero sconosciuto in Italia oppure, quantomeno rispetto a certi presupposti o risultati, vi siano delle corrispondenze[226]. Se questa può ritenersi una suggestione quantomeno plausibile si comprende il motivo per cui ora si procederà con una breve ricostruzione della c.d. *political question doctrine* statunitense per cercare di sistematizzare i dati finora rilevati e di verificare analogie e differenze di questi due modelli ponendoli a raffronto[227].

[225] O meglio, in determinati ambiti, il controllo di costituzionalità sembrerebbe ammissibile soltanto eccezionalmente per sanzionare la manifesta irragionevolezza delle scelte del legislatore.

[226] Così Leopoldo Elia: «siamo di fronte ad una applicazione italiana di *judicial restraint* da "political question"? Prospettando questa eventualità non ci nascondiamo di far ricorso ad un istituto del diritto statunitense, in base al quale la Corte Suprema non fa altro che "decline the exercise of jurisdiction which is given". Da noi il testo dell'art. 134 Cost. e delle altre norme che reggono l'attività della Corte non lasciano spazio, sembra, all'esercizio delle "passive virtues", almeno secondo le formule tanto apprezzate da alcuni studiosi americani: ma anche a non voler considerare alcune ipotesi di "decisions on the merit though without opinion", pare certo che le analogie (nel risultato) prevalgano sulle differenze (nella struttura). In sostanza in entrambi i casi l'atto legislativo impugnato rimane efficace: e c'è il riconoscimento più o meno esplicito che la scelta, la decisione spetta al potere legislativo» (L. Elia, *La guerra di Spagna come «fatto ideologico»: un caso di «political question»?*, in *Giur. cost.*, 1968, 1749).

[227] Per una analisi più ampia e senz'altro più approfondita, ma con alcune analogie "di metodo", v. M. Massa, *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2023.

III. *The italian way to the political question doctrine*



1. *La* political question doctrine

1.1. *La* classical political question

1.2. *Il* prudential approach

1.3. *La* functional political question

1.4. *La* "Warren Court"

1.5. *Prime riflessioni*

2. *La* political question doctrine *e il limite della discrezionalità del legislatore*

2.1. *Analogie e differenze*

2.2. *Profili critici*

§ III.1. – *La* political question doctrine

Dalla indagine della giurisprudenza svolta nelle pagine precedenti è emerso come, in determinate materie, il controllo di costituzionalità sia possibile soltanto in casi del tutto eccezionali e per di più unicamente per sindacare l'esistenza di particolari vizi, come la manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della normativa impugnata. La Corte sembra così riconoscere (più o meno esplicitamente) ambiti nei quali il suo sindacato sia (tendenzialmente) escluso, ricorrendo a motivazioni che molto spesso paiono ridotte a mere clausole di stile, formule tautologiche e sostanzialmente equivalenti fra loro con le quali si afferma che il legislatore ha fatto buon uso della propria discrezionalità[1].

Peraltro, il problema del rapporto tra Giudice costituzionale e legislatore non tocca certamente soltanto l'Italia, ma è comune a tutti gli Stati nei quali vi sia una Costituzione e una giustizia costituzionale. E non è un caso, allora, che proprio nel Paese che ha dato i natali alla prima Costituzione moderna, gli Stati uniti, si sia elaborata una serie di riflessioni teoriche riconducibili alla c.d. *political question doctrine*, dalla quale sembrerebbe trasparire un limite all'intervento dei tribunali proprio per determinate questioni e settori ritenuti di stretta competenza di altri poteri dello Stato.

La dottrina italiana si è ciclicamente interrogata sulla concreta possibilità di importare tale modello, dando risposte sia di segno positivo sia di segno negativo. Naturalmente, per prendere posizione al riguardo sarebbero necessari ben altri approfondimenti che qui, per i motivi già esplicitati sin dall'inizio, non è possibile compiere in maniera adeguata. Ciò non ostante il problema non può essere del tutto ignorato e si cercherà quindi di individuare alcuni degli elementi fondamentali della dottrina della *political question* per verificare se possano fornire una chiave di lettura ulteriore dei dati sino ad ora raccolti. Con la precisazione preliminare, però, che sebbene apparentemente sembri possibile rinvenire diverse analogie tra queste teorie e il limite costituito dalla discrezionalità del legislatore – soprattutto per quanto riguarda l'impossibilità di giudicare le scelte politiche del Parlamento –, è necessario contestualizzare più precisamente il tema. Infatti, tralasciando per il momento il problema (immediatamente successivo) relativo alla possibilità di stabilire parallelismi tra ordinamenti così diversi tra loro quanto alla forma di governo, anche dallo stesso dibattito statunitense non emerge un orientamento univoco.

[1] A. Sperti, *La discrezionalità del legislatore*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, Esi, 2006, 636-637.

Posto ciò, ci dedicheremo quindi innanzitutto ad un inquadramento delle problematiche principali emerse oltreoceano, per poi verificare in che misura ne possano derivare stimoli utili per la nostra indagine.

Sin dall'Ottocento, negli Stati uniti si è tentato di impedire ai giudici di invadere la sfera di competenza degli altri poteri dello Stato. Si è provato, cioè, di evitare che gli organi giurisdizionali si pronunciassero su controversie "politiche" in quanto non suscettibili di una soluzione giudiziale, anche se cosa ciò significhi è tutt'altro che pacifico[2], come testimonia la stessa giurisprudenza della Corte Suprema. L'utilizzo della teoria in parola nel corso dei decenni, infatti, sembra esser stato più che altro strumentale: in più di un'occasione essa è stata richiamata soltanto per evitare di occuparsi di materie ritenute particolarmente sensibili o controverse.

In particolare, tradizionalmente, si fa rientrare la *political question* tra le diverse *doctrines of justiciability*[3] attraverso le quali la Corte Suprema seleziona i casi da *non* decidere e sembrerebbe pertanto che essa si limiti ad occuparsi di problemi, per così dire, di "giurisdizione", ossia fornisca i criteri di valutazione per verificare se una determinata controversia possa essere affrontata o meno dal potere giudiziario, e quindi se esistano standard giurisdizionali prefissati applicabili per la sua risoluzione. Tuttavia, si riscontra anche un altro ordine di considerazioni più propriamente *politico*, ossia la valutazione del contesto sociopolitico del momento[4]. Ed è evidente che se fosse confermata questa seconda linea argomentativa la *Supreme Court* inserirebbe nel proprio

[2] La *political question doctrine* «has always proven to be an enigma for commentators. Not only have they disagreed about its wisdom and validity … but they also had differed significantly over the doctrine's scope and rationale» (M.H. Redish, *Judicial Review and the "Political Question"*, in *79 Northwestern University Law Review*, 1985, 1031).

[3] Ai sensi dell'art. 3 della Costituzione degli Stati Uniti, la giurisdizione dei tribunali federali è limitata ai casi e alle controversie attuali e in corso. Da questo requisito costituzionale sono nate le *doctrines of justiciability*. Le quattro dottrine della giustiziabilità sono lo *standing* (valuta se l'attore è la parte appropriata per far valere un esercitare l'azione in giudizio), la *ripeness* (valuta se una parte ha intentato un'azione troppo presto per l'aggiudicazione), la *political question* e la *mootness* (l'azione è stata proposta troppo tardi). Lo *standing* attiene al "chi" possa promuvere l'azione mentre *ripeness* e *mootness* sono questioni relative al "quando" l'azione possa essere intentata, si può aggiungere che il problema della *political question* è riferibile a "che cosa" possa costituire oggetto di giudizio da parte delle corti federali» (V. Barsotti, *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decsione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1999, 201).

Qualora il giudice si trovi di fronte ad una controversia avente le caratteristiche di cui alle relative dottrine la questione non sarà giudicabile. «Con il termine di '*justiciability*' si ricomprende questa duplice limitazione posta alle corti federali dalla *case and controversy doctrine*. Questi concetti, sia quello del mantenere in congrui confini il potere esercitato dagli organi giudiziari, che quello di prevenire il suo debordare nelle prerogative di altri organi a questa collegati, sono tipici di una giurisprudenza costituzionale, come quella statunitense, incardinata su due punti centrali: quello di un governo con poteri limitati, e quello della separazione dei poteri» (C. Piperno, *op. cit.*, 103). In altri termini, con il termine *justiciability* si vuole indicare l'esercitabilità della giurisdizione con giudizio nel *merito*.

[4] M. Finkelstein, *Judicial Self-Limitation*, in 37 *Harvard Law Review,* 1924, 344.

ragionamento elementi extragiuridici fattuali che, quantomeno astrattamente, parrebbe doverle rimanere estranei.

Per dar conto, sia pur molto sommariamente, del quadro generale si procederà attraverso una rappresentazione schematica della *political question doctrine* seguendone sostanzialmente l'evoluzione diacronica[5]. In tal modo, anche se non si riuscirà a coglierne appieno tutte le sfaccettature e le complessità, si cercherà comunque di evidenziarne i principi fondamentali per poter poi procedere ad un'analisi ragionata dei risultati raggiunti nel precedente capitolo. Lo schema espositivo sarà quindi il seguente: si partirà dalla *classical political question*, per poi passare al *prudential approach* e alla *functional political question*, per poi concludere con l'approfondimento della nota pronuncia Baker *v.* Carr[6].

§ III.1.1. – *La* classical political question

La prima concezione della *political question* si è affermata a partire dal caso Marbury *v*. Madison come mera declinazione del principio di separazione dei poteri[7]. In tale pronuncia, il giudice J. Marshall sancì che «questions in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court»[8], affermando così che la *Supreme Court* non avrebbe potuto trattare alcuna questione politicamente sensibile. Ma al tempo stesso rivendicò il ruolo di preminenza[9] del potere giudiziario nei rapporti con

[5] Così anche C. Piperno, *op. cit.*, 106-108; C. Drigo, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, Bononia University Press, 2016, 266-279; A. Sperti, *Corti supreme e conflitti tra poteri. Spunti per un confronto Italia-Usa sugli strumenti e le tecniche di giudizio del Giudice costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, 116-125.

[6] Baker *v.* Carr, 369 U.S. 186 (1962).

[7] «Il giudiziario deve astenersi dall'intervenire dove la Costituzione indichi esplicitamente la competenza di altri organi. Quindi il limite di *political question* non è altro che una delle forme attraverso le quali si richiede l'applicazione del principio della separazione dei poteri» C. Piperno, *op. cit.*, 107, ma anche M.F. Weston, *Political Questions,* in 38 *Harvard Law Review* 296, 1925, 7. Tuttavia, tradizionalmente si ritiene che sia la pronuncia Luther *v.* Borden, il primo esplicito riconoscimento della *political question*: «Looking to all these considerations, it appears to me that we cannot rightfully settle those grave political questions which, in this case, have been discussed in connection with the new constitution; and, as judges, our duty is to take for a guide the decision made on them by the proper political powers, and, whether right or wrong according to our private opinions, enforce it till duly altered» [48 U.S. (7 How.) 56 (1849)].

[8] Marbury *v.* Madison [5 U.S. (1 cranch) 137, 170 (1803)]: « The province of the Court is solely to decide on the rights of individuals, not to inquire how the Executive or Executive officers perform duties in which they have a discretion. Questions, in their nature political or which are, by the Constitution and laws, submitted to the Executive, can never be made in this court».

[9] «La genesi del sistema Nord-americano si ritrova nella volontà espressa dai Padri Fondatori di stabilire la supremazia del potere giudiziario (come abbiamo visto si parla al riguardo di governo dei giudici) sugli altri poteri, in particolare sul potere legislativo. […] Si è attuato, così un disegno istituzionale che pone, quale organo teso a garantire ed attuare la Costituzione, nei confronti dei cittadini, in primo luogo, il potere giudiziario, anche "al di là e contro il legislatore"» (C. Piperno, *op. cit.,* 86).

gli altri poteri dello Stato, in virtù del fatto che la *concreta individuazione* delle *political questions* sottratte all'ingerenza del potere giudiziario sarebbe di esclusiva competenza della Corte[10].

Tuttavia, l'ampia assunzione di poteri da parte della "Corte Marshall" nel tempo sfociò in un conflitto con il Congresso ed emerse perciò l'esigenza di riconsiderare i limiti della discrezionalità della Corte[11]. Proprio in una simile direzione si muove l'elaborazione di M.F. Weston[12], secondo il quale una questione avrebbe dovuto essere definita politica soltanto qualora fosse stata la legge ad attribuirla *esplicitamente* all'esecutivo o al legislativo. In tal modo, legando la decisione a precisi parametri normativi di riferimento, si sarebbe arginato il potere discrezionale del giudice. Ed a conclusioni ancora più radicali giunse H. Wechsler[13], il quale arrivò a negare l'esistenza stessa di margini di discrezionalità (nella scelta di decidere un caso), in quanto il parametro per valutare la natura politica o meno di una questione sarebbe stato strettamente legale, per cui il giudice si sarebbe dovuto limitare alla mera "esegesi" delle norme attributive delle specifiche competenze ai diversi organi applicandole poi pedissequamente[14]. Dopodiché un ulteriore elemento sulla base del quale accertare il requisito della "politicità" è stato individuato nella mancanza di standard legali applicabili al caso concreto[15], dai quali ricavare un'indicazione nel

[10] «It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the Courts must decide on the operation of each» Marbury *v.* Madison [5 U.S. (1 cranch) 137, 178 (1803)].

Si noti, tuttavia, che nonostante le corti si ritenessero competerti ad individuare i margini di intervento discrezionale attribuiti ai vari poteri, al tempo stesso si astenevano dall'ingerirsi sulle scelte di merito relative al concreto esercizio di tale discrezionalità (C. Drigo, *op. cit.*, 239; R.E. Barkow, *The Rise and the Fall of the Political Question Doctrine*, in N. Mourtada-Sabbah, B.E. Cain (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Laham, Lexington Books, 2007, 26).

[11] Iniziato con *Decatur v. Paulding*, [39 U.S. 497 (1840)].

[12] M.F. Weston, *Political Questions,* in 38 *Harvard Law Review* 296, 1925.

[13] H. Wechsler, *Principles, Politics and Fundamental Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1961; Idem, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in 73 *Harvard Law Review* 1, 1959.

[14] In altri termini, laddove il testo della Costituzione ha affidato ad un altro potere dello Stato l'autonoma determinazione della questione sollevata, allora la Corte deve astenersi dall'intervenire.

[15] «Whatever may be the difficulties in definitively describing the differences between the judicial and the legislative department it seems settled and clear that the court must have some rule to follow before it can operate. Where no rules exist the court is powerless to act. From this it follows that the courts cannot enter into questions of statecraft or policy. Especially is this true when the decisions which they might make would perhaps not be heeded by the other departments of the government because of the strong political considerations involved. […] It is true that the courts have not formulated any very clear conception of the doctrine of political questions, nor have they always acted upon the same general principles. But a reading of the cases seems to warrant the statement that the most important factor in the formulation of the doctrine is that stated above, namely, a lack of legal principles to apply to the questions presented» (O.P. Field, *The Doctrine of Political Question in the Federal Courts*, in *Minnesota Law Review*, 1924, 511-512).

senso della non giustiziabilità anche nei casi in cui manchi un'espressa attribuzione di competenza a favore di un organo politico. L'assenza di standard giudiziali non permetterebbe quindi al giudice di intervenire con una sua pronuncia e, pertanto, la questione si dovrebbe considerare necessariamente non giustiziabile[16]. Aspetto, questo, come vedremo, approfondito più avanti negli anni da un differente ramo delle c.d. *political question*: il *functional approach* (*infra* § 1.3.).

§ III.1.2. – *Il* prudential approach

A partire dagli anni Quaranta del Novecento[17] si ebbe un vero e proprio superamento della *political question* classica a favore di un approccio c.d. prudenziale. Il contributo teorico più importante di tale sviluppo fu certamente quello di A.M. Bickel[18], le cui intuizioni, seppur sincrone rispetto alla decisione Baker *v.* Carr, si mostrarono decisamente controcorrente se non in aperto contrasto con il decalogo in essa fissato (*infra* §1.4.). Infatti, egli affermava che il Tribunale costituzionale sarebbe carente di giurisdizione nei casi in cui: «(a) the strangeness of the issue and its intractability to principled resolution; (b) the sheer momentousness of it, which tends to unbalance judicial judgment; (c) the anxiety, not so much that the judicial judgment will be ignored, as that perhaps it should but will not be; (d) finally ("in a mature democracy"), the inner vulnerability, the self-doubt of an institution which is electorally irresponsible and has no earth to draw strength from»[19].

Si tratta di un ragionamento che implica necessariamente l'esistenza di un principio implicito: ossia che il giudice – possa non solo

[16] Si riconosce in questo approccio una concezione di 'giudizio' caratterizzata da una attività sostanzialmente *applicativa* del diritto (: l'organo decidente applica norme giuridiche preesistenti ad un caso concreto attraverso un procedimento sussuntivo).

[17] La datazione si ritiene del tutto indicativa, si noti infatti che non è possibile individuare una vera e propria successione cronologica perfetta tra queste teorie sia dal punto di vista della giurisprudenza che della dottrina.

[18] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Heaven-London, Yale University Press, 1986; Idem, *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New Heaven-London, Yale University Press, 1978; Idem, *The Supreme Court, 1960 Term. Foreword the Passive Virtues*, in 75 *Harvard Law Review* 40, 1961. È possibile sostenere che la teorizzazione di Bickel sia stata quella di maggior successo non solo in ambito statunitense, ma anche nelle riflessioni italiane (spec. A. Pizzorusso, ma anche P. Bianchi, C. Drigo per quanto riguarda i contributi già citati nel testo). Per ulteriori approfondimenti si rimanda in particolare a M. Massa, *Minimalismo giudiziario*, cit., 116-146.

[19] A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cit., 184 (trad. nostra: (a) la novità del problema e la sua impossibilità di trattarla secondo lo schema di una risoluzione basata su standard giuridici; (b) la sua assoluta importanza, che tende a sbilanciare il giudizio; (c) la preoccupazione, non tanto che il giudizio giudiziario venga ignorato, quanto che forse dovrebbe esserlo, ma non lo sarà; (d) infine ("in una democrazia matura"), la vulnerabilità interna, l'insicurezza di un'istituzione che è politicamente irresponsabile e non ha terreno da cui trarre forza).

rispondere affermativamente o negativamente ad una questione, ma – abbia la facoltà di non pronunciarsi esercitando così le sue c.d. *passive virtues*[20]. E in una prospettiva del genere assumerebbero una forte rilevanza anche fatti extragiuridici (spec. b) e d)) che parrebbero contribuire a indicare l'opportunità di un atteggiamento di *self restraint* della Corte a favore degli altri poteri dello Stato. Con la conseguenza che le *political questions* sono concepite come una delle espressioni dell'*avoidance*, cioè delle tecniche utilizzate, appunto, per evitare di esprimersi sul merito della controversia[21].

Riepilogando: Bickel auspicherebbe una Corte Suprema che si ponga in un atteggiamento deferente e prudenziale rispetto alle scelte degli altri poteri dello Stato e, quindi, scegliesse di non decidere proprio in applicazione delle sue *passive virtues* e dell'applicazione della tecnica dell'*avoidance*, nonché di un uso accorto delle altre *doctrines of justiciability*.

§ III.1.3. – *La* functional political question

In contemporanea con l'elaborazione dottrinale di Bickel si affermò un'altra concezione della *political question* basata sulla *effettiva* capacità dei giudici di definire concretamente la questione. Secondo questa prospettazione, sarebbero politici tutti quei casi in cui la Corte non possa decidere per una vera e propria mancanza di "mezzi", ed in particolare perché *a)* non in possesso delle informazioni necessarie[22]; *b)* la

[20] A.M. Bickel, *Foreword the Passive virtues*, cit., 47 ss. Cfr. anche C. Piperno, *op. cit.*, spec. 117-118, ma anche 107-108: «La seconda teoria presuppone una prudente valutazione del ruolo della Corte, ovvero si ritiene che il giudice chiamato a pronunciarsi sul merito di una questione abbia, non solo la possibilità di rispondere affermativamente o negativamente, ma anche di non rispondere. Saremmo quindi in un caso in cui la Corte applicherebbe le proprie virtù passive, però in questo cappello non rientrano solo le *political question* ma anche tutte le questioni sulle quali la Corte, attraverso la tecnica dell'*avoidance* evita di pronunciarsi sulla controversia».

[21] Nel caso Ashwander *v.* Tennessee Valley Authority, [297 U.S. 288, spec. 347 (1936)], la *Supreme Court* ha sviluppato la prima concezione della dottrina della "*Constitutional avoidance*" («The Court will not pass upon a constitutional question, although properly presented by the record, if there is also present some other ground upon which the case may be disposed of. This rule has found most varied application. Thus, if a case can be decided on either of two grounds, one involving a constitutional question, the other a question of statutory construction or general law, the Court will decide only the latter»). Ma cfr. anche Colegrove *v.* Green [328 U.S. 549 (1946)] sui collegi elettorali; South *v.* Peters [339 U.S. 276 (1950)] sul peso dei voti; McDouglas *v.* Green [335 U.S. 281 (1948)] su restrizioni all'azione politica.

[22] Si pensi anche solo ai problemi di politica estera, sui quali senz'altro il legislativo, ma forse ancor più l'esecutivo possono accedere a maggiori e più complete informazioni, come per le questioni inerenti alla dichiarazione dello stato di guerra (spec. sulla possibilità di applicare il "Trading with the Enemy Act" v. Commercial Trust Co. *v.* Miller, 262 U.S. 51 (1923)), al riconoscimento di governi stranieri (United States *v.* Belmont, 301 U.S. 324, 330 (1937); Otjen *v.* Central Leather Co., 246 U.S. 297 (1918); United States *v.* Sandoval, 231 U.S. 28, 45-46 (1913)) o alla ratifica e all'interpretazione dei trattati internazionali (Terlinden *v.* Ames, 184 U.S. 270 (1902); Goldwater *v.* Carter, 444 U.S. 996 (1979)), ma rispetto a que-

materia richieda uniformità di decisioni (assunte dagli organi rappresentativi); *c)* l'intervento del giudice potrebbe ostacolare l'attività degli altri poteri dello Stato.

In proposito, il contributo teorico più importante si deve certamente a Scharpf[23], secondo il quale la *functional political question* non sarebbe tanto una delle tecniche dell'*avoidance*, quanto, piuttosto, un ostacolo insormontabile per la *Supreme Court*, che sarebbe *strutturalmente* inadeguata a risolvere il caso[24]. «La *doctrine* non sarebbe, quindi, uno strumento che la Corte Suprema potrebbe manipolare a sua discrezione in ragione degli obiettivi che essa intende perseguire, ma una limitazione che esprime l'*incapacità tecnica* a procedere con la *constitutional adjudication*»[25].

§ III.1.4. – *La* "Warren Court"

La fortuna della *political question doctrine* ebbe una decisa battuta d'arresto all'inizio degli anni Sessanta quando iniziò un periodo di marcato attivismo giudiziario della c.d. "Warren Court", che a partire dal caso Baker *v*. Carr la riformulò in termini piuttosto ristretti in modo da poter espandere le proprie prerogative. Innanzitutto, essa stabilì che le *political question* potevano riguardare soltanto i rapporti tra potere giudiziario e gli altri poteri federali. Inoltre, si attribuì espressamente la facoltà di interpretare la configurazione dei rapporti tra le *political branches* stabilite in Costituzione riservandosi così la possibilità di sindacarne le azioni in caso di travalicamento dei margini di discre-

sti ultimi v. contr. Japan Whaling Association *v.* American Cetacean Society, [478 U.S. 221 (1986)]: «the courts have the authority to construe treaties and executive agreements, and it goes without saying that interpreting congressional legislation is a recurring and accepted task for the federal courts. It is also evident that the challenge to the Secretary's decision not to certify Japan for harvesting whales in excess of IWC quotas presents a purely legal question of statutory interpretation. The Court must first determine the nature and scope of the duty imposed upon the Secretary by the Amendments, a decision which calls for applying no more than the traditional rules of statutory construction, and then applying this analysis to the particular set of facts presented below. We are cognizant of the interplay between these Amendments and the conduct of this Nation's foreign relations, and we recognize the premier role which both Congress and the Executive play in this field. But under the Constitution, one of the Judiciary's characteristic roles is to interpret statutes, and we cannot shirk this responsibility merely because our decision may have significant political overtones. We conclude, therefore, that the present cases present a justiciable controversy, and turn to the merits of petitioners' arguments» (230).

Cfr. su questo tema F. Sharpf, *op.ult.cit.*, 567-573.

[23] F. Sharpf, *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis,* in 75 *The Yale Law Journal* 517, 1966, 517-597.

[24] Cfr. *supra* § 1.1. relativamente all'ultimo elemento emerso già nella classica *political question* laddove la mancanza degli standard normativi necessari per addivenire ad una pronuncia giudiziale già inizia a considerarsi sintomatico dell'esistenza di una questione politica.

[25] C. Drigo, *op. cit.*, 279 (corsivi nostri).

zionalità costituzionalmente previsti[26]. Più in generale si fissarono dei precisi criteri[27] per riconoscere le *political questions*, sintetizzabili nei seguenti punti: *a)* l'esistenza di un impegno costituzionale testualmente dimostrabile che leghi la questione ad un organo dello Stato; *b)* la mancanza di standard giurisdizionali; *c)* l'impossibilità di decidere senza una determinazione politica iniziale che implichi l'esercizio di una discrezionalità non giurisdizionale; *d)* l'impossibilità di una risoluzione indipendente da parte di un tribunale senza invadere le competenze di altri organi; *e)* l'esigenza di adesione incondizionata a una decisione politica già presa; *f)* l'imbarazzo per l'esistenza di molteplici dichiarazioni di vari "dipartimenti" su una questione[28].

Almeno formalmente, con l'adozione di tali criteri la *Supreme Court* mostrò di far propria sia la *classical* che la *prudential political question*, tuttavia, nella pratica, nonostante il caso Baker *v*. Carr avesse fornito un nuovo *test* dalle caratteristiche abbastanza flessibili, si verificò da quel momento l'inizio di un progressivo declino[29] della *political question* in generale e del *prundential approach* nello specifico[30].

[26] Con modalità analoghe – se non più marcate – da quella abbozzate dalla c.d. Corte Marshall (v. § 1.1.).

[27] L'importanza dei sei criteri individuati è sottolineata anche dal fatto che la giurisprudenza successiva al caso Baker, pur precisandone i contenuti, non ne ha mai modificato il numero.

[28] [369 U.S. 186, 217 (1962)]: «It is apparent that several formulations which vary slightly according to the settings in which the questions arise may describe a political question, although each has one or more elements which identify it as essentially a function of the separation of powers. Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for non judicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question».

[29] Tra i più critici sulla esistenza stessa della *political question* v. almeno L. Henkin, *Is There a «Political Question» Doctrine?*, in *Yale Law Journal*, 1976, 597 ss.; la ritiene persino dannosa M.H. Redish, *The Federal Courts in the Political Order. Judicial Jurisdiction and American Political Theory*, Durham, Carolina Academic Press, 1991, 111-136.

[30] Ciò nonostante non sembrerebbero mancare ipotesi in controtendenza. Ad esempio, il caso O'Brien *v*. Brown sembrerebbe fare implicito riferimento al *prudential approach* («these cases involve claims of the power of the federal judiciary to review actions heretofore thought to lie in the control of political parties» [409 U.S. 4, (1972)]). Mentre i casi Gilligan *v*. Morgan («No justiciable controversy is presented in this case, as the relief sought by respondents, requiring initial judicial review and continuing judicial surveillance over the training, weaponry, and standing orders of the National Guard, embraces critical areas of responsibility vested by the Constitution, *see* Art. I, § 8, cl. 16, in the Legislative and Executive Branches of the Government» [413 U.S. 5-12 (1973)) e Nixon *v*. United States (506 U.S. 224 (1993) 228-238] alla *classical political question doctrine*.

§ III.1.5. – *Prime riflessioni critiche*

Dalla sommaria ricognizione dell'evoluzione della *political question doctrine* emerge la difficoltà di tracciare confini certi tra le prerogative delle corti rispetto a quelle degli altri poteri dello Stato. Anche il dato semantico non aiuta: *political question* non sembra significare 'questione politica' *in senso stretto* (e non è soltanto un problema di traduzione quanto proprio una indeterminatezza del concetto stesso anche per la stessa giurisprudenza e dottrina americana).

Come si è visto, non sono certo mancati i tentativi definitori o la individuazione di possibili elementi sintomatici, tuttavia la prassi ha evidenziato come, nonostante le apparenze, tali teorizzazioni siano state cambiate, reinterpretate, rimodulate, per far fronte alle esigenze del momento. In altre parole, sembra che siano stati volutamente lasciati ampi margini di vaghezza soprattutto da parte della giurisprudenza, che si è così creata uno strumento duttile da modulare secondo necessità. Per fare un esempio: la ratifica e l'interpretazione dei trattati internazionali è stata tradizionalmente considerata una *political question* come testimoniano, tra i tanti, i casi Terlinden *v.* Ames [184 U.S. 270 (1902)] e Goldwater *v.* Carter [444 U.S. 996 (1979)]. Ciò nonostante, nel caso Japan Whaling Association *v.* American Cetacean Society, [478 U.S. 221 (1986)] la Corte non ha esitato a ritenere di avere l'autorità di interpretare i trattati e gli accordi esecutivi, in quanto considerò tale compito richiesto dalla stessa Costituzione: «uno dei ruoli caratteristici della magistratura è quello di interpretare gli statuti, e non possiamo sottrarci a questa responsabilità semplicemente perché la nostra decisione può avere significative sfumature politiche»[31]. E un altro caso significativo è rappresentato da Davis *v.* Bandemer [478 U.S. 109 (1986)], nel quale i giudici abbandonarono la tradizionale deferenza verso il legislatore "elettorale", proclamando l'incostituzionalità delle modifiche «motivated by invidious partisan intent» e quindi sancendo che il fenomeno del c.d. *gerrymandering*[32] dovesse essere considerato questione giustiziabile.

[31] Japan Whaling Association *v.* American Cetacean Society, [478 U.S. 221, 230 (1986)], trad. nostra.

[32] Il c.d. *gerrymandering* è la modifica strumentale dei confini di un collegio elettorale nel sistema elettorale maggioritario allo scopo di ottenere la maggioranza dei seggi in assenza di una maggioranza di voti. L'inventore di questo sistema di ridisegno dei collegi è stato il governatore del Massachusetts Elbridge Gerry che sapendo che all'interno d'una certa regione (dipartimento o stato) ci possono essere parti della popolazione ben localizzabili favorevoli a un partito o a un politico (ad esempio: seguendo la dicotomia centro-periferia; giovani-vecchi, ceto basso-medio alto), disegnò un nuovo collegio elettorale con confini particolarmente tortuosi, includendo quelle parti della popolazione a lui favorevoli ed escludendo quelli a lui sfavorevoli.

Sul tema v. almeno N.R. Seabrook *Drawing the lines: constraints on partisan gerrymandering in U.S. politics*, Ithaca-London, Cornell University Press, 2017; B. Grofman (ed.), *Polit-*

In altre parole, le Corti federali hanno adoperato sempre più spesso la dottrina delle *political questions* non già come un espediente utile per evitare conflitti con il Congresso o con il Presidente per il rispetto del principio della separazione dei poteri, bensì come strumento plasmabile per gestire (o non gestire) questioni particolarmente delicate. In questo senso, la *political question doctrine* si atteggia a "valvola di sicurezza" del sistema che, assieme alle altre tecniche di selezione dei casi, consente di «instaurare un rapporto dialogico con il Congresso e l'esecutivo, specialmente quando vengono in rilievo nuove esigenze di tutela, nuovi diritti, la cui emersione non trova una base giuridica espressa nella lettera della Costituzione»[33]. Più specificamente, la *political question* è stata utilizzata come un confine mobile tra il potere giudiziario e gli altri poteri dello Stato (in particolare rispetto al Parlamento e al Governo) venendo frequentemente richiamata in modo retorico e non omogeneo anche in quegli ambiti nei quali, più di frequente, è stata evocata[34].

Approfondendo ulteriormente l'indagine sotto il profilo delle motivazioni, la prassi ha evidenziato il maggior utilizzo di alcuni argomenti rispetto ad altri (sebbene sempre nel rispetto del decalogo fissato nel caso Baker *v.* Carr). In particolare, a nostro avviso, i principali sembrerebbero essere i seguenti quattro[35]: *i)* l'attribuzione esplicita della questione ad un altro potere dello Stato; *ii)* la mancanza di standard legali applicabili al caso concreto; *iii)* l'impossibilità di decidere senza una determinazione politica che implichi l'esercizio di una discrezionalità non giurisdizionale; *iv)* l'*incapacità tecnica* a procedere con la decisione del caso per mancanza degli strumenti giuridici necessari. E tale schematizzazione elenca anche i criteri che maggiormente sembrano presentare analogie con il limite della discrezionalità del legislatore così come è emerso dalle pronunce della Corte costituzionale italiana. Il che ci induce a porre a confronto le due figure per verificare se vi possano essere sovrapposizioni dal punto di vista concettuale o anche solo dal punto di vista funzionale. Nelle pagine che seguiranno

ical gerrymandering and the courts, New York, Agathon Press, 1990; A.J. McGann, C.A. Smith, M. Latner, A. Keena, *Gerrymandering in America: The House of Representatives, the Supreme Court, and the Future of Popular Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016; J. Winburn, *The realities of redistricting: following the rules and limiting gerrymandering in state legislative redistricting*, Lanham, Lexington Books, 2008; R. Chari (ed.), *Hard questions for democracy*, London-New York, Routledge, 2013; J.E. Leighley (ed.), *The Oxford handbook of American elections and political behavior*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

[33] C. Drigo, *op. cit.*, 291.

[34] Si è già fatto l'esempio della politica estera.

[35] Sostanzialmente dello stesso avviso anche A. Sperti: «la *political question doctrine* è stata invocata non solo nei casi in cui la materia sia rimessa al potere politico, ma anche in casi in cui al questione di costituzionalità, ove accolta, implicherebbe la scelta tra più soluzioni possibili o, ancora, nei casi in cui manchi un parametro costituzionale di riferimento» (*La discrezionalità del legislatore,* cit., 639).

cercheremo, allora, di verificare la correttezza di queste prime suggestioni andando a sistematizzare quanto rilevato tramite l'analisi della giurisprudenza costituzionale (*supra* Cap. II).

§ III.2. – *La* political question doctrine *e il limite della discrezionalità del legislatore*

Come anticipato, parrebbe possibile stabilire un certo parallelismo fra la *political question doctrine* statunitense intesa come *doctrine of justiciability* e le modalità con cui la Corte costituzionale si pone rispetto alle questioni di merito politico. Si cercherà allora di capire se la giurisprudenza costituzionale abbia concepito il divieto di sindacato sulla discrezionalità del legislatore come tecnica di selezione dei casi strutturalmente analoga a quella della *political question*[36].

Ciò che è emerso è che il Giudice delle leggi ha mostrato di riconoscere il potere discrezionale del Parlamento, tuttavia senza fornirne una precisa definizione. E abbiamo visto altresì che vi sono ambiti materiali nei quali è più frequente riscontrare un atteggiamento di *self restraint* della Corte, che viene meno soltanto nelle ipotesi in cui essa riscontra una macroscopica irragionevolezza delle questioni sottopostele. In questa chiave, il confronto con l'ordinamento americano parrebbe utile per verificare se, ed eventualmente in quale misura, il divieto di sindacato sulla discrezionalità del legislatore sia stato utilizzato dal Giudice delle leggi per suddividere il riparto di competenze tra sé e il legislatore, ed eventualmente anche come strumento per la *selezione di casi* e quindi per disporre della sua "agenda"[37].

Innanzitutto, è bene ribadire come il primo – ma non unico – obiettivo della *political questions* parrebbe essere la salvaguardia del principio della separazione dei poteri e più specificatamente quello di evitare che i giudici si pronuncino su questioni che potrebbero coinvolgerli in affari appartenenti alla sfera di competenza di altri organi dello Stato[38]. Per cui «se si riflette sulla circostanza che nell'ambito costituzio-

[36] In questo senso v. P. Zicchittu, *The Italian Way to the "Political Question"*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2015, 222-262.

[37] «In base a queste considerazioni, il raffronto della giurisprudenza della Corte costituzionale sulla discrezionalità del legislatore con quella della Corte suprema americana sulle *political questions* vale innanzi tutto a fornire qualche giustificazione all'aspirazione della Corte italiana a disporre di uno strumento flessibile e maneggevole di cui servirsi per misurare meglio gli interventi che sono necessari per assicurare il rispetto e l'attuazione della Costituzione» (A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 816).

[38] Come rileva correttamente A. Sperti: «Questo fa sì che, mentre nella nostra esperienza il limite di cui all'art. 28 della legge n. 87/1953 – o anche altre tecniche cui il giudice costituzionale fa ricorso per evitare di compiere una valutazione di merito – si rivolgono essenzialmente nei confronti del legislatore, negli Stati Uniti si fa ricorso alla *political que-*

nale italiano il principio della separazione dei poteri non trova certamente un'applicazione così rigida come nell'ordinamento degli Stati Uniti e che comunque la Corte costituzionale italiana è esplicitamente collocata al di fuori dal potere giudiziario, ed anzi in posizione di equidistanza dagli altri poteri (dei quali è abilitata a risolvere i conflitti giuridici), l'estensione delle *political questions* – del resto oggetto di discussioni anche negli Stati Uniti – potrebbe apparire difficilmente sostenibile. Se però confrontiamo le applicazioni che la dottrina ha ricevuto negli Stati Uniti con le pronunce in cui la nostra Corte ha invocato la discrezionalità del legislatore, osserviamo invece come il rapporto sia del tutto opposto a quello che ci saremmo potuti attendere e che la Corte italiana ha adottato, almeno in questi ultimi tempi, una politica di autolimitazione molto più accentuata di quanto abbiano fatto i giudici americani»[39]. Infatti, nel nostro sistema (ma discorso analogo si può fare per tutti quei sistemi nei quali il controllo di costituzionalità non è diffuso, ma è affidato ad un giudice "specializzato") risulta meno intuitivo considerare il coinvolgimento del Tribunale costituzionale come un'ingerenza del potere giudiziario. Nel nostro ordinamento il principio di separazione dei poteri non è affatto espresso negli stessi termini nei quali viene applicato da quello americano: sono la Costituzione e le altre norme sul processo costituzionale[40] che da un lato fondano e dall'altro delimitano il potere d'intervento della Corte, nonché gli strumenti operativi di cui può concretamente disporre. Tuttavia, nonostante le differenze strutturali, sussistono numerosi i punti di contatto tra la giurisprudenza americana e quella italiana: molte sono le pronunce della Corte costituzionale nelle quali si ritrovano argomentazioni tutto sommato analoghe a quelle che la *Supreme Court* utilizza evocando il limite di *political question*. Pertanto, risulta utile procedere riprendere la sistematizzazione di tali motivazioni effettuata sopra, per verificare in che modo trovino corrispondenza in Italia.

§ III.2.1. – *Analogie e differenze*

Il primo degli elementi sintomatici delle *political question* (individuati nella sintesi svolta nel § 1.5.) concerne l'incapacità di decidere per la mancanza degli strumenti giuridici necessari. Tale incapacità riguarderebbe un problema prettamente *tecnico*[41], che quindi non

stion doctrine anche quando vengono in considerazione atti che rientrano nella competenza di altri poteri» (*Corti supreme e conflitti tra poteri*, cit., 129).

[39] A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, cit., 815-816.

[40] Su cui più diffusamente *supra* Cap. I, spec. § 3.

[41] Relativo quindi alla carenza dei *mezzi* ritenuti necessari per risolvere la questione.

deriverebbe da ragioni di opportunità e perciò il limite risulterebbe insormontabile, nel senso che la Corte non potrebbe far altro se non declinare la propria giurisdizione.

Il problema dei "mezzi" evoca direttamente il tema delle potestà della Corte costituzionale[42]. Si è già visto che in proposito, il principio di separazione dei poteri presenta una rigidità minore di quella che lo caratterizza oltreoceano, dove, tra l'altro, lo stesso controllo di costituzionalità è una creazione giudiziaria. Il problema va quindi affrontato alla stregua del particolare disegno costituzionale del nostro Paese e sulla base della specifica configurazione del controllo di costituzionalità da parte della nostra Carta costituzionale[43], tenuto conto che nel nostro sistema «il classico principio di separazione lungi da essere chiaramente espresso è anche a più riprese contraddetto sia a vantaggio del principio collaborativo, sia per la non perfetta corrispondenza tra poteri e funzioni»[44]. Ricapitolando brevemente quanto previsto dal diritto positivo in caso di pronunce sul merito: il Giudice delle leggi quando rilevi l'incostituzionalità di una norma deve dichiararla incostituzionale, in caso contrario si pronuncia per l'infondatezza. Le opzioni sono quindi soltanto due[45]. Ed anche quanto agli effetti conseguenti all'accoglimento non sembrerebbero esserci particolari margini di discrezionalità: la norma dichiarata illegittima cessa di avere efficacia[46].

[42] Come più volte precisato, il campo dell'indagine è delimitato ai soli giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale, pertanto, relativamente al problema degli strumenti, l'unico profilo che qui interessa è quello dei mezzi attribuiti dalla Costituzione alla Corte per far fronte alle eventuali illegittimità riscontrate.

[43] Infatti, il fondamento dei poteri e dei limiti della Corte è disciplinato dalla Costituzione (specialmente dagli artt. 134; 135; 136 Cost.) e dalle altre fonti legittimate ("autorizzate" dall'art. 137 Cost.: tra queste senz'altro la legge n. 87/1953 e la legge costituzionale n. 1/1953.), come visto più nel dettaglio nel Cap. I.

[44] P. Costanzo, *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta Online*, 2005, 9, dove precisa: «Ciò non significa, sia chiaro, che la disarticolazione del potere (orizzontale e verticale) con tutti i benefici che ne derivano non costituisca un principio di struttura dell'ordinamento costituzionale italiano, ma che in fondo non esistono funzioni ontologicamente proprie dei vari poteri ed organi, che finiscono per trovare tutti nella Costituzione rigida il titolo delle loro attribuzioni. […] Ecco perché la determinazione dei limiti e la pregnanza del controllo della Corte non è astrattamente derivabile dal principio di separazione, ma è compito ancora della Costituzione o di altre fonti legittimate. Non è forse un caso che il testo previgente dell'art. 127 della Costituzione italiana provvedesse esplicitamente a sottrarre i conflitti legislativi di merito tra Stato e Regioni alla Corte costituzionale per attribuirli alle Camere, non esitando al contrario ad emarginare il principio di separazione attribuendo alla stessa Corte la decisione sull'eventuale contrastata configurazione dei conflitti stessi».

[45] Tesi ribadita in dottrina con particolare nettezza da A. Vignudelli, *La Corte delle leggi. Osservazioni sulla cosiddetta efficacia "normativa" delle sentenze della Corte costituzionale* (1988), ora in Idem, *Il vaso di Pandora*, cit., 36 ss.

[46] «Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione» (art. 136 Cost.). Ma dello stesso tenore anche l'art. 27 della l. 87/1953: «[l]a Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Essa dichia-

Dal punto di vista normativo, allora, non è previsto che il Giudice delle leggi possa intervenire *in positivo* perché in tale direzione potrebbe operare soltanto il legislatore[47]. Ciò non ostante, si è visto che la Corte ha, sin da tempi risalenti, ha ritenuto di poter colmare il vuoto legislativo causato dalle sue pronunce di accoglimento agendo per il tramite di manipolazioni o addizioni. Ma il problema dell'ammissibilità delle c.d. sentenze additive non si collega *direttamente* a quello della discrezionalità in quanto sembrerebbe da escludere già sulla base della stessa Costituzione e delle norme "integratrici" del processo, sebbene sia ormai consolidato[48] un contrario orientamento della Corte, che ammetta pacificamente interventi variamente manipolativi, sia pur subordinandoli alla presenza di determinati requisiti. Ed è proprio la necessità di questi requisiti, primo fra tutti quello delle c.d. "rime obbligate", a spostare nuovamente il baricentro del discorso sul piano della discrezionalità: non è tanto l'utilizzo di una sentenza additiva in sé che viene considerato dalla Corte come problematico, quanto piuttosto il possibile contenuto di quella addizione.

Il fondamentale requisito richiesto per l'adozione delle c.d. sentenze additive sarebbe allora l'esistenza delle c.d. rime obbligate, ossia di un'unica soluzione costituzionalmente imposta[49]. Soltanto in questo caso la Corte parrebbe ritenere possibile il suo intervento anche in positivo, al di là di quanto espressamente consentitole dalla Costituzione. Il presupposto logico di fondo di questo *modus operandi* sembrerebbe essere il seguente: in presenza di "rime obbligate" l'intervento addi-

ra, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui legittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata».

[47] In tal senso si ricorda il modello di Giudice delle leggi come "legislatore negativo" teorizzato da H. Kelsen ne *La giustizia costituzionale* (1928).

[48] «si è affermato che le ragioni formali non debbano essere fatte prevalere su quelle sostanziali: di talché sono le regole processuali che si devono "piegare" alle esigenze del diritto costituzionale sostanziale del "rendere giustizia costituzionale" e non viceversa» (con approccio critico rispetto a questo orientamento, in particolare di M. Ruotolo, *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"*, in *Rivista AIC*, n. 1/2015, 1 ss., M. Raveraira, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, cit., 141).

[49] Così A. Vignudelli, *Il fantasma della legalità*, cit., 123-124: «tali sentenze, dal punto di vista logico-giuridico, allorché si sostituiscano direttamente al legislatore nel "colmare" il "vuoto" – vale a dire la "lacuna" che esse stesse vengono a creare dichiarando l'illegittimità costituzionale di una norma legislativa – presuppongono almeno formalmente che sia la Costituzione stessa a imporre la disciplina che esse indicano nella motivazione della propria sentenza. Perché la Corte intervenga come "legislatore positivo", insomma, non basterebbe il principio dell'*horror vacui* e quello della conservazione degli atti, ma servirebbero pure le crisafulliane "rime obbligate": la soluzione prescritta dalla Corte, in altre parole, sarebbe l'unica costituzionalmente compatibile. […] Se la disciplina legislativa contenuta in una sentenza paralegislativa è effettivamente l'unica costituzionalmente compatibile, questo significa che essa (disciplina) è costituzionalmente necessaria, e dunque implicata dalla Costituzione stessa. Ciò denota, d'altro canto, che tale disciplina può essere derivata in senso logico da un enunciato o da una combinazione di enunciati della Costituzione, essendo ad esso (ad essi) implicita».

tivo non è frutto dell'esercizio di alcuna discrezionalità da parte della Corte perché, anzi, non ci sarebbe alcuna discrezionalità esercitabile. La soluzione prescritta tramite la decisione è l'unica costituzionalmente compatibile e, per questo, necessitata e il medesimo discorso potrebbe essere riferito allo stesso legislatore, che non godrebbe a sua volta di alcun margine di discrezionalità, ma si dovrebbe limitare a "scoprire" (nel senso di "riconoscere") l'unica soluzione possibile[50].

Molto è stato scritto sulla reale difficoltà di far derivare dalle norme costituzionali (spesso formulate tramite enunciati "di principio"[51]) univoche conseguenze normative, tuttavia, almeno formalmente, tale condizione è stata ritenuta (quasi[52]) costantemente indispensabile[53]. Viceversa, interventi additivi al di fuori delle c.d. rime obbligate sono stati reputati tendenzialmente inammissibili. Dunque, qualora si renda necessaria una scelta discrezionale l'esame nel merito è precluso non solo negli Stati Uniti, ma anche in Italia. L'ipotetica decisione richiederebbe, infatti, un intervento non univocamente determinato, sconfinando così apertamente negli spazi di discrezionalità riservati al legislatore[54]. Qui parrebbe esservi un'evidente vicinanza tra la *political question doctrine* e il limite della discrezionalità del legislatore: in entrambi i casi il Tribunale costituzionale non potrebbe che dichiarare l'inammissibilità per richieste che esorbiterebbero dalle sue competenze sia quanto a strumenti (non essendo praticabili interventi di carattere additivo), sia soprattutto quanto a contenuti (trattandosi di scelte di merito costituzionalmente *non* obbligate).

Da quello che si evince dallo studio della *political question doctrine*, un ulteriore indizio della natura "politica" (o comunque non giustiziabile) di una questione riguarda la mancanza di standard giuridici che possano essere applicati nel giudizio. Se per quel che riguarda l'esperienza americana l'applicazione di tale criterio non implica necessariamente che vi siano ambiti costituzionalmente irrilevanti, lo stesso non parrebbe valere per il nostro Paese. Qui infatti, dove quando non vi sia una norma (*costituzionale*) parametro, si presume necessariamente l'e-

[50] L'eventuale sua incapacità di coglierla imporrebbe allora l'intervento correttivo del Giudice delle leggi.

[51] «Essendo questi ultimi contraddistinti dalla genericità – vale a dire dalla loro strutturale idoneità a consentire modalità di attuazione tra loro differenti e tuttavia egualmente compatibili rispetto al precetto espresso dal principio» (A. Vignudelli, *Il fantasma della legalità*, cit., 124).

[52] Sugli eccezionali episodi nei quali si è superato esplicitamente il limite delle c.d. rime obbligate torneremo nelle prossime pagine, per ora basti quanto detto nel capitolo precedente (spec. § 3.1.).

[53] Non ci interessa quindi in questa sede discutere di questi temi così come approfonditi dalla dottrina, ma si ritiene sufficiente verificare quale sia il comportamento adottato *concretamente* dalla Corte.

[54] Si tratterebbe infatti di una discrezionalità *intrinsecamente* non giurisdizionale che andrebbe piuttosto a toccare scelte di merito politico.

sistenza di aree del diritto costituzionalmente irrilevanti nelle quali la discrezionalità del legislatore potrebbe spiegarsi liberamente. Ciò – come si è ricordato – è quanto si ricava dalla giurisprudenza costituzionale[55], nonostante poi si ammetta la possibilità di intervenire a fronte di un'*irragionevolezza manifesta*[56]. E se, da un lato, una simile eccezione potrebbe essere considerata il sintomo di un'insanabile contraddizione, in realtà essa dà atto dell'evoluzione del concetto di ragionevolezza nella giurisprudenza più recente: così come per la teoria quantistica neanche il *vuoto ideale* può correttamente definirsi tale per l'esistenza di campi magnetici e particelle virtuali, lo stesso sembrerebbe valere per la concezione di "vuoto costituzionale" *effettivamente* fatta propria dalla Corte[57]. Fuor di metafora, non esisterebbero materie costituzionalmente irrilevanti in modo assoluto perché, sebbene rispetto ad esse i margini di discrezionalità riconosciuti siano senz'altro più ampi, rimarrebbe sempre possibile un controllo sulla *manifesta irragionevolezza* (ed è quello che accade per la materia processuale, quella sostanzialmente penale e quella tributaria).

Sembrerebbe così trovare conferma la nozione di discrezionalità elaborata da Alessandro Pizzorusso, che viene riferita sia alle aree in cui il margine di manovra del legislatore è circoscritto da norme costituzionali più puntuali sia laddove l'attività del Parlamento rimane essenzialmente (*più*) libera. Secondo l'illustre Autore, infatti, «al sostantivo "discrezionalità" ed all'aggettivo "discrezionale" corrisponde un concetto a doppio volto, perché talvolta questi termini sono usati per indicare che un potere, un'attività o un atto o un atto giuridico non è interamente vincolato ma almeno parzialmente libero, mentre talaltra essi sono invece impiegati per esprimere esattamente l'opposto, cioè che il potere, l'attività o l'atto non è interamente libero, ma è almeno in parte vincolato»[58]. Dunque, quando la discrezionalità del legislatore si può esprimere liberamente salvo, il limite della manifesta irragionevolezza, l'area del sindacato si restringe considerevolmente, nonostan-

[55] Infatti, è la stessa Corte costituzionale a riconoscere l'esistenza di «uno spazio vuoto di diritto costituzionale nel quale il legislatore può far uso del proprio potere discrezionale» (Corte cost., sent. 18 maggio 1999, n. 172, *Considerato in diritto* 2.1.), già citata al § 4., Cap. I.

[56] Inoltre, parrebbe corretto anche l'ulteriore rilievo di Pasquale Costanzo quando ricorda che «l'esistenza stessa del controllo di costituzionalità postula, in difetto di esplicite eccezioni, la sottoponibilità della legge (di tutta la legge) al controllo già solo in ragione del suo regime formale, dovendosi dunque a questa stregua valutare i casi di discrezionalità legislativa come inoffensivi per qualunque parametro. In altri termini, non dovrebbero esistere in linea di principio questioni inammissibili motivate dall'incompetenza della Corte a conoscere per qualche motivo la legge (P. Costanzo, *Legislatore e Corte costituzionale,* cit., 12).

[57] Per un diverso utilizzo dell'analogia tra fisica quantistica e (scienza del) diritto v. R. Bin, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, II ed., Milano, Franco Angeli, 2014.

[58] A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 795-796).

te resti imprecisata la misura del restringimento, essendo la differenza tra l'irragionevolezza e la *manifesta* irragionevolezza meramente quantitativa e non rinvenendosi nella giurisprudenza della Corte una linea di confine tra le due figure netta o almeno facilmente individuabile.

L'unico elemento abbastanza chiaro è che il relativo controllo sia particolarmente blando e che vadano quindi sanzionate soltanto le illegittimità più palesi. Il che peraltro introduce un ulteriore problema, ossia che in questi casi «il giudice delle leggi sconta inevitabilmente l'aporia logica di un giudizio di costituzionalità che potrebbe in teoria lasciar salve leggi […] pur irragionevoli, ma "non in modo manifesto" […]. Probabilmente, però, qui in misura maggiore che in altre occasioni analoghe, è ancor più in gioco il rischio di una eccessiva politicizzazione della Corte o, se si vuole, il rischio di avventurarsi in un terreno assai scivoloso per la sua legittimazione. In altri termini, la delimitazione dell'ambito di giudizio ai soli casi di manifesta irragionevolezza costituisce uno degli elementi sostanziali del suo giudizio […] che possono far funzionare in modo fisiologico la diversità esistente fra la funzione giurisdizionale e quella legislativa»[59].

[59] A. Rauti, *La Corte costituzionale e il legislatore. Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali*, in *Consulta online*, n. 2/2017, 229. Una ulteriore riflessione fatta dall'A. che si ritiene opportuno far presente è il parallelismo tra il controllo sulla manifesta irragionevolezza e la evidente mancanza di presupposti di necessità e di urgenza del decreto legge. Su quest'ultimo aspetto v. anche A. Ruggeri, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronunzia sull'Italicum*, in *Lo Stato,* n. 8/2017, 300: «Si dà, a mia opinione, una evidente assonanza tra la dottrina della "manifesta irragionevolezza" e quella della "evidente mancanza" dei presupposti giustificativi dei decreti-legge: in un caso e nell'altro, infatti, l'area del sindacato si restringe in considerevole misura e però arbitrariamente. Si faccia caso al paradosso in cui la Corte inconsapevolmente incorre: allo scopo di tenersi alla larga dal rischio della propria delegittimazione politica, la Corte adotta una tecnica decisoria essa stessa... politicamente colorata. Come ho fatto al riguardo più volte notare, la Corte non è stata, infatti, istituita allo scopo di accertare i casi di certa violazione della Costituzione bensì proprio quelli dubbi; è cioè chiamata – come dice l'art. 134 della Carta – a pronunziarsi su "controversie" relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti a queste equiparati».

Si precisa che entrambi i contributi commentano la importante sentenza 25 gennaio 2017, n. 35 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge elettorale 6 maggio 2015, n. 52 (c.d. *Italicum*). Tra i vari importanti commenti ci si limita a segnalare R. Bin, *La Corte ha spiegato, nulla è cambiato*, in *laCostituzione.info*, 10 febbraio 2017, 1 ss.; S. Ceccanti, *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti*, in *federalismi.it*, n. 4/2017, 1 ss.; R. Dickmann, *La Corte costituzionale trasforma l'Italicum in sistema elettorale maggioritario 'eventuale' ma lascia al legislatore l'onere di definire una legislazione elettorale omogenea per le due Camere*, in *federalismi.it*, n. 4/2017, 1 ss.; A. Morrone, *Dopo la decisione sull'Italicum: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 13 febbraio 2017, 1 ss.; F. Ferrari, *Perché la Corte non avrebbe dovuto giudicare nel merito l'Italicum*, in *laCostituzione.info*, 18 febbraio 2017, 1 ss.; F. Ferrari, *Sotto la punta dell'iceberg*: fictio litis *e ammissibilità della q.l.c. nella sent. n. 35/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 14 febbraio 2017, 1 ss.; L. Trucco, *"Sentenza Italicum": la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere*, in *Consulta online*, Studi, n. 1/2017, 149-174; R. Dickmann, *Le questioni all'attenzione del legislatore dopo la sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2017, 1 ss.; P. Pasquino, *La Corte decide di decidere ma non coglie la natura del ballottaggio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 aprile 2017, 1 ss.; V. Tondi della Mura, *Ma la discrezio-*

In estrema sintesi, pur accettando di muoversi entro margini d'intervento particolarmente ristretti, il Giudice delle leggi non rinuncia *in toto* ai suoi poteri di controllo. E ciò sembrerebbe rappresentare un impedimento insormontabile per poter ritenere sovrapponibile il limite di *political question* a quello della discrezionalità del legislatore perché, come visto, «non è facile superare le perplessità destate dalla dubbia consistenza di "materie", disciplinate con fonti primarie, eppure *insindacabili per definizione* dal giudice di costituzionalità. I dubbi crescono se si pensa che il giudizio di ragionevolezza si afferma come metodo suscettibile di applicazione generalizzata, per il quale si è dimostrato estremamente difficoltoso il tentativo di individuare dei *test* atti a predeterminarne l'applicazione»[60].

nalità legislativa non è uno spazio vuoto. Primi spunti di riflessione sulle sentenze della Consulta n. 1/2014 e n. 35/2017, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2017, 1 ss.; D. Casanova, *Lorenzo Spadacini, Il ballottaggio nazionale tra liste: la sentenza Corte cost. n. 35 del 2017 e il de profundis per i sistemi majority assuring*, in *Osservatorio AIC,* n. 2/2017, 1 ss.; G. Salvadori, *La Corte conferma l'accesso "in via preferenziale" (nota a sent. n. 35 del 2017),* in *Osservatorio AIC*, n. 2/2017, 1 ss.; G. Maestri, *Orizzonti di tecnica elettorale: problemi superati, irrisolti ed emersi alla luce della sentenza n. 35 del 2017*, in *Nomos*, n. 2/2017, 1 ss.; R. Bin, *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 9 giugno 2017, 1 ss.; A. Alberti, *Discrezionalità del legislatore v. bilanciamento tra rappresentatività e governabilità. Una critica alla sent. n. 35 del 2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 maggio 2017, 1 ss.; R. Martinelli, *La sentenza n. 35/2017 della Corte costituzionale: nota critica*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 7 maggio 2017, 1 ss.; T.F. Giupponi, «*Ragionevolezza elettorale» e discrezionalità del legislatore, tra eguaglianza del voto e art. 66 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 giugno 2017, 1 ss.; S. Troilo, *Le liste (in tutto o in parte) bloccate e le candidature multiple dopo la sentenza costituzionale n. 35/2017: dall'arbitrio (soltanto) dei politici a quello (anche) della sorte, e poi di nuovo dei politici?*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 giugno 2017, 1 ss.; G. Comazzetto, Fictio litis *e azioni di accertamento del diritto costituzionale di voto dopo la sentenza 35/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 21 giugno 2017, 1 ss.; I. Massa Pinto, *Dalla sentenza n. 1 del 2014 alla sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale sulla legge elettorale: una soluzione di continuità c'è e riguarda il ruolo dei partiti politici*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, 43-57; A. Ciancio, *Electoral laws, judicial review and the principle of "communicating vessels"*, in *Diritti fondamentali*, n. 2/2017, 1 ss.; G. Sobrino, *Il problema dell'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale della legge elettorale alla luce delle sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017 e le sue possibili ricadute: dalla (non più tollerabile) "zona franca" alla (auspicabile) "zona a statuto speciale" della giustizia costituzionale?*, in *federalismi.it*, n. 15/2017, 1 ss.; D. De Lungo, *Il premio di maggioranza alla lista, fra governabilità e legittimità costituzionale. Considerazioni (anche) a valle della sentenza n. 35 del 2017*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 1 ss.; M. Mininclerì, *Il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi elettorali, tra ruolo "legislativo" della Consulta, "moniti" al Parlamento ed ipotesi di introduzione del controllo preventivo*, in *Consulta online*, Studi, n. 3/2017, 419-428; V. Tondi Dalla Mura, *La discrezionalità del legislatore in materia elettorale, la «maieutica» della Consulta e il* favor *(negletto) verso il compromesso legislativo: continuità e discontinuità fra le sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, 1 ss.; G. Ferri, *I sistemi elettorali delle Camere dopo le sentenze della Corte costituzionale (n. 1/2014 e n. 35/2017) e la legge n. 165/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, 1 ss.; A. Mangia, *L'azione di accertamento come surrogato funzionale del ricorso diretto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 17 giugno 2018, 1 ss.; L. Pesole, *Il ruolo della Corte nel contesto storico-politico segnato dalla bocciatura della riforma costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 17/2018, 1 ss.; C. Rossano, *Note su premio di maggioranza ed esigenze di omogeneità delle leggi elettorali della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica nella sentenza della Corte costituzionale n. 35/2017*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, 1 ss.; A. Celotto, *La legge elettorale: quali prospettive?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, 1 ss.; M. Luciani, Bis in idem: *la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, 1 ss.

[60] P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, cit., 261 (corsivi miei).

§ III.2.2. – *Prime conclusioni*

Se proviamo a tirare le somme, sembra quindi di dover concludere che la *political question doctrine* ed il concetto di discrezionalità del legislatore che abbiamo ricavato dall'analisi della giurisprudenza costituzionale non siano omogenei. Al contrario, sotto l'etichetta della discrezionalità del legislatore si nascondono nozioni distinte anche se la Corte non sempre lo pone in evidenza ai fini del giudizio di legittimità[61].

Si è visto[62] che il riferimento alla discrezionalità è parte integrante del giudizio sul *merito*[63], ammettendosi il sindacato sul concreto esercizio della facoltà di scelta del legislatore, almeno quando si utilizza il criterio della ragionevolezza[64]. Anche nei casi in cui il Tribunale delle leggi ritenga di poter sanzionare soltanto le illegittimità più palesi e manifeste, infatti, opera sempre tramite valutazioni che non sono meramente processuali: la natura sommaria del giudizio non cambia qualitativamente la sua struttura. La discrezionalità come limite all'esercizio della giurisdizione costituzionale, nei casi in cui le disposizioni impugnate ricadano in una materia per la quale non esistano parametri costituzionale di riferimento, diventa infatti non tanto una circostanza di difficile riscontro, ma forse, piuttosto, una ipotesi del tutto teorica alla quale non corrisponde la realtà dei fatti mostrata dalla giurisprudenza costituzionale (nonostante le sparute dichiarazioni contrarie)[65].

---

[61] *Ivi*, 259-262.

[62] *Supra* Cap. II, *passim*; Cap. III § 2.3.

[63] «[L]a presenza di aree riservate alla "discrezionalità del legislatore" non preclude sempre e comunque il giudizio della Corte sul merito della questione sottopostale. Questa pare arrestarsi piuttosto allorché incontra difficoltà di duplice natura, che corrispondono a modi diversi di interpretare il proprio ruolo. Il primo elemento inibitorio, esplicitamente dichiarato nelle decisioni, è quello relativo alla presenza di più soluzioni alternative, rispetto a quella adottata dal legislatore, nessuna delle quali è imposta dalla Costituzione. L'altro passaggio attiene invece agli effetti delle decisioni di accoglimento: solo in circostanze particolari, dovute alla formulazione del testo della disposizione impugnata, è possibile adottare un dispositivo di accoglimento che dia luogo ad esiti almeno parzialmente ricostruttivi» (*ivi*, 254).

[64] Infatti, «l'insieme dei riferimenti alla ragionevolezza nell'esercizio del potere legislativo ed il richiamo alla discrezionalità del legislatore assume contorni non del tutto definiti. Talvolta questi indicano il limite del controllo della Corte, indicando l'area del non giustiziabile, altre volte sono invocati come elementi imprescindibili per la corretta espressione della funzione legislativa; concorrendo ad apprestare un argine all'operazione di bilanciamento» (P. Bianchi, *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, Esi, 2006, 669).

[65] «[I]l divieto di sindacato sulla discrezionalità del legislatore – nei casi in cui venga in considerazione l'osservanza dell'art. 3 Cost. – implica un controllo, se pure sommario, sulla ragionevolezza (o sulla razionalità) delle scelte del legislatore poiché, sebbene "[sia] evidente che la Corte non deve sovrapporre le proprie scelte a quelle del legislatore, […] è anche chiaro che non può sfuggire a controllo quel *minimum* di razionalità necessaria a dare fondamento a tali scelte, mancando la quale esse appaiono vere e proprie discriminazioni"» (A. Sperti, *La discrezionalità del legislatore*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, Esi, 2006, 629, con virgolettato di L. Elia, *Conferenza stampa del Presidente della Cote costituzionale,* in *Foro it.*, 1983,

In effetti, la discrezionalità diviene un vero è proprio limite solo quando la Corte ritiene di non poter pronunciare una sentenza di accoglimento essendovi una pluralità di soluzioni alternative, nessuna delle quali risulti costituzionalmente imposta. Tuttavia, la questione va debitamente precisata. In particolare, in numerose decisioni una illegittimità è sì rilevata ma non è dichiarata perché, in presenza di una pluralità di soluzioni possibili, sarebbe necessario porre in essere scelte di merito politico che sarebbero precluse al Giudice delle leggi. La discrezionalità legislativa non sarebbe cioè surrogabile giudizialmente in quanto la Costituzione non individua alcuna alternativa precisa da preferire rispetto all'altra, ma non per questo viene sancita la validità della normativa[66]. Al contrario, è solo la mancanza di strumenti che inibisce l'intervento manipolativo del Giudice costituzionale e questo *self restraint* conosce non poche eccezioni. Difatti, qualora siano in gioco diritti di particolare rilevanza e perduri l'inerzia del legislatore, la Corte ha più volte agito comunque (: *nonostante* i margini di discrezionalità non indicassero esattamente un'unica linea di intervento). Lo schema d'azione adoperato, lo si ricorda, è il seguente: inammissibilità-monito-accoglimento[67] e con la declaratoria di incostituzionalità essa riconosce (vuoi implicitamente vuoi esplicitamente) che sta agendo al di là dei poteri esplicitamente conferitile dalla Costituzione, ma decide di farlo lo stesso optando per il "male minore" rispetto alla mancata tutela di diritti ritenuti particolarmente rilevanti[68].

V, c. 80). Tra l'altro, si noti, non soltanto sono pochissime le pronunce in cui si ammette l'esistenza di aree del diritto costituzionalmente indifferenti, ma sono quasi tutte concentrate prima degli anni duemila.

[66] In questi casi, «quando dichiara l'inammissibilità la Corte in definitiva riscontra o presuppone o almeno non esclude l'esistenza di un vizio di costituzionalità. Non sono rare infatti considerazioni sulla necessità di un intervento legislativo per eliminare gli inconvenienti che essa ritiene sussistano» (L. CARLASSARE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 62). Con «la soluzione dell'inammissibilità […] non "assolve" il legislatore, non fornisce un avvallo di costituzionalità a leggi la cui compatibilità con i principi costituzionali è talora assai dubbia. Quando la Corte, per qualsiasi ragione, magari anche quella (in certa misura legittima) del timore di creare vuoti legislativi o squilibri normativi con la sua pronuncia, non se la sente di dichiarare illegittima la legge sottoposta al suo giudizio, è – come male minore – preferibile una dichiarazione d'inammissibilità con cui, almeno, non prende posizione sul merito» (*Ivi*, 63-64).

[67] «La combinazione tra i moniti e le successive, eventuali, decisioni di accoglimento porta […] un ulteriore elemento a favore della tesi che le decisioni di inammissibilità di cui stiamo parlando siano in realtà, non dichiarazioni di carenza di giurisdizione della Corte, ma soluzioni adottate discrezionalmente per (temporanea) carenza di strumenti di intervento» (P. BIANCHI, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, cit., 257).

[68] Il c.d. caso "Antoniani/Cappato" esaspera questo ultimo aspetto. Sembra anzi voler meglio controllare anche il fattore tempo caratterizzante lo schema inamissibilità-monito-incostituzionalità). Il motivo si rinviene nel fatto che i diritti fondamentali non possono aspettare *sine die*, ma all'illegittimità bisogna necessariamente porre rimedio "costi quel che costi". In altri termini, si è esplicitamente riconosciuto che in determinate condizioni nelle quali siano in pericolo i diritti fondamentali sia, non solo possibile, ma anzi *necessario* l'intervento della Corte anche a discapito della discrezionalità del legislatore (sul tema v. più diffusamente Cap. II, § 3.1.1.).

Un tale *modus operandi* non ha cittadinanza all'interno della *political question doctrine*, che non è compatibile con l'idea del controllo sull'esercizio della discrezionalità in termini di razionalità, né con quella di escludere quelle decisioni per effetto delle quali la Corte vada oltre la sua natura di legislatore negativo.

Per quanto riguarda il primo punto, il motivo è tutto sommato abbastanza chiaro: la discrezionalità non assume il ruolo di limite, ma di oggetto del controllo di costituzionalità, mentre le *political question,* teoricamente, non possono mai essere ritenute giustiziabili proprio per l'esistenza del limite invalicabile rappresentato dal principio della separazione dei poteri.

Per quanto riguarda il secondo aspetto, il ragionamento è leggermente più sfumato, ma anche in questo caso la *politica question doctrine* si comporta diversamente. La Corte, quando affronta il problema della discrezionalità in rapporto allo strumentario concretamente utilizzabile per ricondurre *ad legitimitatem* la situazione normativa ritenuta illegittima, «entra nel merito della questione di legittimità costituzionale, ma si scontra con le difficoltà insite nella sua configurazione originaria di "legislatore negativo"»[69]. Nel caso della *political question,* invece, non c'è nessuna analisi del merito, ma il giudice più semplicemente dichiara la propria incompetenza. In altri termini, nulla dice sulla possibile legittimità o illegittimità della normativa impugnata, si limita soltanto a indicare l'organo competente per la risoluzione della questione.

In sostanza, può concludersi che il limite della *political question,* almeno astrattamente, è caratterizzato da confini molto più netti di quello della discrezionalità del legislatore. Nonostante le diverse teorizzazioni e il suo utilizzo non sempre costante da parte della giurisprudenza si può dire che tale dottrina rimane espressione del principio di separazione dei poteri inteso come mero strumento di riparto di competenze tra i diversi organi dello Stato. Anche se poi è stata utilizzata vuoi per allargare vuoi per restringere l'area di intervento giurisdizionale e, quindi, per giustificare rispettivamente approcci di *judicial acrivism* e *self restraint* dei tribunali.

Lo stesso non si può invece dire per quello che accade nel nostro Paese in tema di discrezionalità del legislatore: «"croce e delizia" della giurisdizione costituzionale, costituendone nel contempo il limite ma anche un oggetto di valutazione»[70]. Dunque, risulta irrisolto, «almeno a livello di prassi giurisprudenziale, il nodo connesso al tipo di controllo svolto dalla Corte in relazione al richiamato art. 28 della legge n. 87; se, in sostanza, esso sia un controllo di tipo "processuale" e perciò

[69] P. Bianchi, *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, cit., 255.
[70] P. Costanzo, *Legislatore e Corte costituzionale,* cit., 2.

preliminare, tale cioè da impedire alla Corte di entrare nel merito della questione; ovvero se esso si configuri come un vero e proprio giudizio *sul merito della questione*, al termine del quale (ma soltanto *al termine* di esso) la Corte giunge a valutare che – anche ammettendo la incostituzionalità della disposizione – ad essa preclusa, stante il necessario rispetto della discrezionalità del legislatore, la possibilità di individuare la soluzione che superi quella incostituzionalità»[71].

Tuttavia, sia il limite della *political question* sia quello della discrezionalità del legislatore vengono utilizzati con modalità non sempre chiare e coerenti, mettendo in luce, piuttosto, una sottesa volontà dei giudici di disporre di uno strumento flessibile e maneggevole in modo da calibrare al meglio i propri interventi[72]. Almeno in questo senso è allora possibile ammettere una forte analogia funzionale tra le due teorie: entrambe forniscono una giustificazione alle corti per intervenire o non intervenire, anche qualora i reali motivi delle loro scelte non siano direttamente riconducibili a quelli esplicitamente espressi nelle pronunce, ma risiedano, piuttosto, in considerazioni di opportunità riferite a questioni particolarmente controverse e/o relative a diritti fondamentali della persona. Per quanto riguarda la Corte, infatti, soltanto talvolta essa tenta di costruire test idonei a formalizzare l'applicazione della linea di confine indicata dall'art. 28 l. 87/1953[73] e molto più spesso è evidente il suo scarso interesse a rendersi maggiormente prevedibile e intellegibile dall'uditorio[74], evitando di «stabilire in via definitiva, il significato dei casi ed i limiti del proprio sindacato»[75]. Per cui si può dire che il limite della *discrezionalità del legislatore* è *anche* strumen-

[71] E. Rossi, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale a una svolta, Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, Giappichelli, 2011, 346-347, secondo il quale però entrambe le soluzioni potrebbero essere compatibili: «e cioè vi possono essere casi nei quali la questione è formulata in modo tale da rendere evidente che si chiede un intervento non consentito alla Corte o estraneo alla sua competenza (ad esempio in una delle ipotesi richiamate di "indifferenza costituzionale" ovvero di legislazione *praeter constitutionem*), e corretta risulta pertanto una decisione si inammissibilità in quanto, a prescindere dalla fondatezza o meno della censura, essa non può essere oggetto di un esame nel merito. In altre circostanze, invece, la decisione sulla spettanza o meno alla Corte di un potere di intervento sulla disposizione censurata non può che conseguire ad un'analisi *del merito* della questione, per magari concludere che – sebbene possa ravvisarsi un'incostituzionalità della disciplina – tuttavia la soluzione puramente ablatoria non è possibile (pena la violazione di altri diritti o principi costituzionali, ad esempio), e nemmeno si rende possibile giungere ad una pronuncia additiva (di principio o altro). In tali ultimi casi, tuttavia, la pronuncia non può essere né di tipo processuale (perché conseguente ad un esame del merito della questione) né tuttavia di merito, nel senso almeno che noi conosciamo».

[72] A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 816. Ma v. anche A. Sperti, *La discrezionalità del legislatore,* cit., 639 e, più diffusamente, Idem, *Corti supreme e conflitti tra poteri*, cit., spec. Cap. II.

[73] E. Rossi, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., 348.

[74] P. Bianchi, *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi*, cit., 667.

[75] A. Sperti, *La discrezionalità del legislatore*, cit., 627.

to per la *selezione di casi*[76], ma rappresenta qualche cosa di più ampio, duttile e complesso.

Nondimeno, le differenze rimangono fondamentali, ed in particolare il limite della discrezionalità del legislatore si è dimostrato ben più sfumato e nebuloso di quello della *political question,* per il suo intersecarsi con il difficile tema del controllo di ragionevolezza ma anche per essere stato richiamato per far fronte a situazioni molto eterogenee, in relazione alle quali ha assunto significati non sempre chiari o uniformi.

[76] «In questo senso può ritenersi che operi anche in Italia una sorta di principio che inibisce al giudice costituzionale di interferire in *political questions* attraverso il tentativo improprio di sottoporre a giudizio questioni che non si prestano oppure attraverso una dilatazione della portata dei parametri costituzionali. Sebbene una vera "dottrina" al riguardo non sia mai stata formulata, né negli scritti dei commentatori, né tantomeno nella giurisprudenza, qualcosa di questo genere avviene quando la Corte costituzionale si ritrae, per le ragioni più varie ma tutte accomunate dall'identica *ratio,* da decisioni di incostituzionalità (attraverso pronunce di rigetto o di inammissibilità delle questioni), per lasciare impregiudicato uno "spazio legislativo" che non ritiene possa competerle. Il rispetto di una sfera di autonomia del processo legislativo avviene o attraverso lo schermo di qualche appiglio processuale che consenta alla Corte di non decidere nel merito, ovvero attraverso un'interpretazione restrittiva della costituzionale che valga a circoscrivere il terreno costituzionalmente pregiudicato e ad allargare quello "libero dal diritto costituzionale"». G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale,* Bologna, il Mulino, 1988, 161.

Conclusioni

Fin dalle prime pagine del presente lavoro si è tentato di definire quale sia stato il ruolo della discrezionalità del legislatore rispetto alla attività della Corte costituzionale. Si è visto in apertura come il dato positivo dimostra quantomeno il tentativo di limitare fortemente la facoltà di intervento della Corte sulle scelte di merito del Parlamento. Proprio l'art. 134 Cost., anche alla luce delle discussioni svoltesi in seno all'Assemblea costituente, sembra prevedere un sindacato di costituzionalità di tipo *giuridico-processuale* per la scelta di far riferimento al particolare concetto di 'legittimità' strettamente legato al suo *analogo* amministrativistico, inteso come concetto diametralmente opposto rispetto a quello di 'merito' («La Corte costituzionale giudica sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni»)[1]. A conferma di ciò si è espresso anche lo stesso legislatore ordinario che, per il tramite dell'art. 28 della l. 87 del 1953, ha inteso escludere la Corte da ogni valutazione di natura *politica* e ogni sindacato sull'uso del potere *discrezionale* del Parlamento. Pertanto, dal punto di vista normativo sembrerebbe così inibita ad essa qualsiasi attività che si risolva in una (diretta o indiretta) sovrapposizione delle *proprie* valutazioni *di merito politico* a quelle precedentemente effettuate dal Legislatore[2].

L'analisi della giurisprudenza ha tuttavia dimostrato un approccio più elastico del Giudice delle leggi, che non sempre ha inteso così rigidamente tale limite alle proprie facoltà, o meglio, non sempre lo ha considerato allo stesso modo. Quello che si è potuto verificare per il tramite di questa indagine è che certamente vi sono degli ambiti nei quali dimostra un approccio particolarmente deferente rispetto alle scelte politiche del Legislatore e ciò accade in particolare nella materia processuale, sanzionatoria e tributaria. E ancora, si è riscontrato che all'interno di queste aree vi sono particolari ambiti maggiormente "resistenti" ad un controllo di costituzionalità, come avviene per le scelte che toccano la spesa pubblica, la determinazione delle diverse regole e tipi processuali, o gli interventi con effetti *in malam partem* in materia sanzionatoria. Tuttavia, nel corso degli anni, si sono riscontrate sempre più eccezioni a questa tendenza tutto sommato costante del Giudice costituzionale. Difatti, per il tramite del controllo di ragionevolezza esso, in sempre più frequenti occasioni, ha ritenuto possibile un suo in-

[1] A. VIGNUDELLI, *Il fantasma della legalità*, cit., 96-97.
[2] E. ROSSI, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., *passim*; A. VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione*, cit., spec. 1020.

tervento in caso di scelte manifestamente arbitrarie e, soprattutto, per estendere tutele e garanzie per i c.d. diritti fondamentali[3]. In questi casi la discrezionalità non è stata tanto considerata un limite all'intervento della Corte quanto, piuttosto, parte integrante del giudizio sul *merito*, ammettendosi il sindacato sul concreto esercizio della facoltà di scelta del legislatore, per il tramite del criterio della ragionevolezza[4]: anche nei casi in cui il Tribunale delle leggi ritenga di poter sanzionare soltanto le illegittimità più palesi e manifeste opera sempre tramite valutazioni che non sono meramente processuali.

Inoltre, si è potuto altresì constatare che a dispetto di quanto previsto sempre dal diritto positivo – che parrebbe escludere *in toto* interventi additivi della Corte, concependola piuttosto come "legislatore negativo" i cui poteri sono limitati e trovano fondamento nella Costituzione – la prassi dimostra che tali tipi di interventi sono normalmente ritenuti possibili a condizione che, però, vi sia un'unica soluzione costituzionalmente obbligata evincibile dalla Costituzione stessa. In questi casi, non vi sarebbe alcun margine di discrezionalità da esercitare: l'attività che si renderebbe necessaria sarebbe meramente quella di "scoprire" l'opzione necessitata. Nondimeno, anche qui non sono sconosciute eccezioni: fuori di questa ipotesi, il Giudice delle leggi ha ritenuto di dover intervenire pur in assenza di "rime obbligate" in alcune particolari occasioni perché, almeno ai suoi occhi, costretto dalla natura degli interessi in gioco (nonché, spesso, dalla perdurante inerzia del legislatore). Proprio la sequenza operativa adoperata, (inammissibilità-monito-accoglimento) dimostra la sua consapevolezza di agire al di là dei poteri esplicitamente conferitile dalla Carta, ciò non ostante esso è disposto a procedere ugualmente ritenendo che, in caso contrario[5], le conseguenze (anche soltanto "pratiche") sarebbero ancora più gravi.

Queste risultanze dimostrano così che la discrezionalità del legislatore pare sì un limite, ma rappresenta anche un oggetto di valutazione per la Corte. Dunque, risulta irrisolto, almeno a livello di prassi giurisprudenziale, il nodo connesso al tipo di controllo svolto dalla stessa: se, in sostanza, esso sia un controllo di tipo "processuale" e perciò preliminare, tale cioè da impedire alla Corte di entrare nel merito della questione; ovvero se esso si configuri come un vero e proprio giudizio sul *merito*. Infatti, soltanto talvolta essa tenta di costruire test idonei a formalizzare l'applicazione della linea di confine indicata dall'art. 28 l. 87/1953 e molto più spesso è evidente il suo scarso interesse a ren-

[3] Si veda sul punto almeno M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, n. 4/2006, 1643-1668.

[4] Anche nei casi in cui il Tribunale delle leggi ritenga di poter sanzionare soltanto le illegittimità più palesi e manifeste, infatti, opera sempre tramite valutazioni che non sono meramente processuali.

[5] Ossia in caso di mancato intervento.

dersi maggiormente prevedibile e intellegibile, evitando di stabilire in via definitiva i limiti del proprio sindacato[6].

È forse proprio questo il problema principale messo in luce dalla nostra analisi, ossia che anche volendo soprassedere sul punto relativo ai poteri *espressamente* riconosciuti alla Corte[7], comunque si riscontra un suo comportamento che non è davvero costante e prevedibile. In altre parole, essa evidentemente si pone il problema della *discrezionalità,* ben sapendo che astrattamente rappresenta sì un limite al suo intervento, tuttavia non la ritiene un limite *insormontabile*. Ma anche qui, come detto, la Corte non agisce sempre allo stesso modo. Al di là delle apparenze ci si chiede, allora, se abbia ancora senso di parlare di *discrezionalità* come *limite*, in quanto proprio per potersi considerare tale, dovrebbe essere necessariamente ben individuabile, altrimenti non avrebbe alcuna funzione (utile).

Pare invece indispensabile esigere che la Corte stessa eserciti un controllo più rigoroso sulla propria giurisprudenza (sui tipi di dispositivo, ma soprattutto sulle proprie motivazioni). È infatti necessario che essa rediga motivazioni percorse da razionalità unitaria e univoca; usi in modo più rigoroso, anche dal punto di vista linguistico, il canone della ragionevolezza, distinguendo tipi, fasi, e motivazioni dei diversi scrutini; e, più in generale, dia coerenza alla propria narrazione giurisprudenziale attraverso le diverse pronunce nel corso del tempo, in modo da renderla prevedibile, evitando oscillazioni immotivate[8]. Si tratta di limiti e vincoli che non trovano certo alcun fondamento positivo, ma che sarebbe auspicabile fossero presenti nella giurisprudenza costituzionale. Parrebbe più che legittimo richiedere al Giudice delle leggi quantomeno di "auto-disciplinarsi", di dotarsi di uno strumentario più solido, ma soprattutto più definito, coerente e prevedibile. In altre parole: più controllabile. Ciò consentirebbe infatti all'opinione pubblica, alla politica, ai giudici e, soprattutto, agli studiosi di diritto

[6] V., E. Rossi, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, cit., spec. 348; P. Bianchi, *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi*, cit., spec. 667; A. Sperti, *La discrezionalità del legislatore*, cit., spec. 627.

[7] Sul punto v. di recente almeno A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251-290; Idem, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *federalismi.it*, n. 12/2021, 170-212; nonché Idem, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?,* Relazione al XXXVIII Convegno AIC "*Le dinamiche della forma di governo nell'Italia Repubblicana*", Brescia, 13 ottobre 2023, consultabile all'indirizzo: *https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/images/convegniAnnualiAIC/2023_Brescia/Andrea_Morrone.pdf*.

[8] M. Raveraira, *Il giudizio sulle leggi,* cit., spec. 147-152, dove si rileva anche che proprio nell'Incoerenza della Corte «molti individuano uno dei sintomi di una evidente e sempre più marcata emersione dell'aumento della politicità della Corte» (148).

di verificare la sostenibilità delle decisioni dal punto di vista della coerenza e della razionalità[9].

Un giudice delle leggi che motivi in modo rigoroso, a partire dal testo, non offre spunto a chi abbia interesse a provocare "guerre di valori", sostenendo che nella Costituzione sia possibile trovare tutto e il contrario di tutto[10].

Non si vuole sostenere con questo che la Costituzione sia unicamente quello che la Corte dice che sia[11], anzi l'auspicio è che si recuperi la centralità decisionale del potere politico. Per questo non è quindi in gioco quale sia il più "forte" tra i due poteri, ma piuttosto la tenuta della Costituzione e il modo migliore in cui *assieme* Parlamento e Corte possano garantirla[12]. Che poi questo debba esser fatto attraverso quella leale collaborazione istituzionale richiamata nel modello della decisione in due tempi[13] (e nelle relazioni sull'attività della Corte costituzionale dal 2019 al 2023[14], seppur con modalità diverse[15]) è un altro discorso che qua non può essere approfondito[16].

[9] C. Tripodina, *Il "potere politico" della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale a una svolta, Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, Giappichelli, 2011, spec. 40-52.

[10] A. Vignudelli, *Interpretazione e Costituzione*, cit., spec. 527-539; 995-1045, soprattutto per la ricchezza di riferimenti bibliografici.

[11] *Ivi*, spec. 540-545; 1199-1214, soprattutto per la ricchezza di riferimenti bibliografici.

[12] M. Massa, *Minimalismo giudiziario*, cit., 290.

[13] *Supra,* cap. II, § 3.1.2.

[14] Liberamente consultabili all'indirizzo: *https://www.cortecostituzionale.it/actionRelazioniPresidenti.do.*

[15] A questo proposito si veda la relazione sull'anno 2023 del Presidente A. Barbera del 18 marzo 2024, spec. 18 (consultabile all'indirizzo: *https://www.cortecostituzionale.it/annuario2023/pdf/Relazione_annuale_2023.pdf*).

[16] Per un primo inquadramento di questa problematica, si consenta di rimandare a M. Caldironi, *La "leale collaborazione" tra Corte costituzionale e legislatore*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, Fascicolo Speciale n. 6/2024, 589-601. Ma v. anche i cenni conclusivi di A. Carminati, *Oltre la leale collaborazione. Al crocevia delle attribuzioni costituzionali degli organi dello Stato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, 257-263.

Bibliografia

AA.VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1990.

AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, Giuffrè, 1993.

AA.VV., Liber Amicorum *per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 2020.

AA.VV., *Problemi dell'omissione legislativa nella giurisprudenza costituzionale. Quaderno predisposto in occasione della Conferenza delle Corti costituzionali europee*, Vilnius 2–7 giugno 2008.

AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I-II, Padova, Cedam, 1985.

AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988.

AA.VV., *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. I, Firenze, Vallecchi, 1969.

AA.VV., *Sull'ordinanza Cappato (Corte costituzionale, ord. n. 207/2018) in attesa della pronuncia che verrà*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 1/2019.

AA.VV., *Tra storia, giustizia e costituzione. I 50 anni della Corte Costituzionale*, numero monografico di *Giornale di storia costituzionale*, 1/2006.

ABBAMONTE G., *Il processo costituzionale italiano*, I, Napoli, Jovene, 1957.

ADAMO U., *«Senza distinzione ... di religione». Libertà di manifestazione del pensiero e tutela del sentimento religioso*, in *Consulta Online*, n. 1/2018, 50 ss.

ADAMO U., *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare,* in *Diritticomparati.it*, 23 novembre 2018, 1 ss.

ALBERTI A., *Discrezionalità del legislatore v. bilanciamento tra rappresentatività e governabilità. Una critica alla sent. n. 35 del 2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 11 maggio 2017, 1 ss.

ALEXY R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, il Mulino, 2012.

ALEXY R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1986.

ANGIOLINI V., *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, Cedam, 1995.

ANGIOLINI V., *Costituzione tollerante, costituzione totale ed interpretazione della disciplina della libertà*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994, 15-44.

ANTONINI L., *Forzatura dei principi* versus *modulazione temporale degli effetti della sentenza,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 23 aprile 2015, 1 ss.

ANTONINI L., *Il principio di stretta proporzionalità nel sindacato costituzionale delle leggi tributarie: potenzialità e limiti*, in *Rassegna tributaria,* n. 5/2015, 1064 ss.

ANZON A., *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Torino, Giappichelli, 1991, 31-38.

ANZON A., *Un nuovo tipo di decisione di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"*, in *Giur. cost.*, n. 6/2018, 2459 ss.

APRILE E., *Con una sentenza manipolativa a contenuto sostitutivo la Consulta "inaugura" un innovativo indirizzo in tema di legittimità costituzionale delle sanzioni penali accessorie*, in *Cass. pen.*, n. 3/2019, 1004 ss.

ARVIDSSON M., BRÄNNSTRÖM L., MINKKIEN P. (eds.), *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt: Law, Politics, Theology,* Abingdon, Routledge, 2015.

AZZARITI G. (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007.

AZZARITI G., *Sui limiti del sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi: l'eccesso di potere legislativo come vizio logico intrinseco della legge*, in *Giur. Cost.*, n. 3/1989, 653-665.

BALDASSARRE A., *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, 639-658.

BALDASSARRE A., *L'interpretazione della costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, ESI, 2001, 215-230.

BALDASSARRE A., *La normatività della Costituzione e i suoi «nemici»*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 3 ss.

BALDUZZI R., CAVINO M., LUTHER J. (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta, Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, Giappichelli, 2011.

BARBERIS M., *Kelsen e la giustizia costituzionale*, in *Materiali per la storia di una cultura giuridica*, 1982, 225 ss.

BARBIERI L., Nullum crimen sine iniuria*: principio di laicità e tutela penale dei culti,* in *Il dir. fam. per.*, n. 4/1996, 1292 ss.

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

BARILE P., *Piero Calamandrei all'Assemblea Costituente*, in P. BARILE (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, Giuffrè, 1990, 333 ss.

BARKOW R.E., *The Rise and the Fall of the Political Question Doctrine*, in N. MOURTADA-SABBAH , B.E. CAIN (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Laham, Lexington Books, 2007, 23-45.

BARSOTTI V., *L'arte di tacere. Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*, Torino, Giappichelli, 1999.

BARTOLI R., *Dalle rime obbligate alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.*, n. 6/2018, 2566 ss.

BARTOLI R., *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul* quantum *di pena*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2/2019, 967 ss.

BASILE R., *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2017.

BASILE S., *La cultura politico-istituzionale e le esperienze "tedesche",* in U. DE SIERVO, *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, vol. I, Bologna, il Mulino, 1990, 45 ss.

BATTAGLINI M., MININNI M., *Codice della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1957.

BEAUD O., PASQUINO P. (a cura di), *La controverse sur "le gardien de la Constituion" et la justice constitutionelle: Kelsen contre Schmitt,* Paris, Pantheon-Assas, 2007.

BELLOCCI M., GIOVANNETTI T. (a cura di), *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell'incon-*

tro di studio con la Corte costituzionale di Ungheria, Roma, Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010.

Bergonzini C., *Note a margine di Corte cost. n. 10 del 2015: uno sguardo al merito (e alle fonti)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 aprile 2015, 1 ss.

Betti E., *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Milano, Giuffrè, 1990.

Bianchi P., *La creazione giurisprudenziale delle tecniche di selezione dei casi*, Torino, Giappichelli, 2000.

Bianchi P., *Le tecniche di giudizio e la selezione dei casi*, in R. Romboli (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, Esi, 2006, 641-676.

Bickel A.M., *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Heaven-London, Yale University Press, 1986.

Bickel A.M., *The Supreme Court and the Idea of Progress*, New Heaven-London, Yale University Press, 1978.

Bickel A.M., *The Supreme Court, 1960 Term. Foreword the Passive Virtues*, in 75 *Harvard Law Review*, 1961, 40-244.

Bignami M., *Cenni sugli effetti temporali della dichiarazione di incostituzionalità in un'innovativa pronuncia della Corte costituzionale*, in *www.questionegiustizia.it*, 18 febbraio 2015, 1 ss.

Bignami M., *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controlli di costituzionalità in Italia,* Milano, Giuffrè, 1997.

Bignami M., *Gli effetti temporali delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale nella prospettiva del diritto comparato*, in *Rassegna tributaria,*. n. 5/2015, 1128 ss.

Bignami M., *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione e giustizia*, 2018, 1 ss.

Bilancia P., *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e fine vita*, in *federalismi.it*, n. 5/2019, 1 ss.

Bin R., *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, II ed., Milano, Franco Angeli, 2014.

Bin R., *Che cos'è la Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 1/2007, 11 ss.

Bin R., *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 9 giugno 2017, 1 ss.

Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.

Bin R., *La Corte ha spiegato, nulla è cambiato*, in *laCostituzione.info*, 10 febbraio 2017, 1 ss.

Bin R., *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano in principi*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 1 ss.

Bin R., *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Dir. & Quest. pubbl.*, n. 2/2002, 115 ss.

Bisogni G., *La 'politicità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Torino, Giappicchelli, 2017.

Bizioli G., *L'incostituzionalità della "Robin Hood Tax" fra discriminazione qualitativa dei redditi ed equilibrio di bilancio*, in *Rassegna tributaria,* n. n. 5/2015, 1079 ss.

Böckenforde E.W., *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, 2091 ss.

Bongiovanni G., Reine Rechtslehre *e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Milano, Giuffrè, 1998.

Bongiovanni G., *Stato di diritto e giustizia costituzionale. Hans Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica,* Milano, Feltrinelli, 2002, 316 ss.

Bonini F., *Storia della Corte costituzionale,* Urbino, La Nuova Italia Scientifica, 1996.

Boria P., *L'illegittimità costituzionale della "Robin Hood Tax". E l'enunciazione di alcuni principi informatori del sistema di finanza pubblica*, in *Rivista di giurisprudenza tributaria,* n. 5/2015, 388-396.

Bray C., *Stupefacenti: la Corte Costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le droghe pesanti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019.

Bruno F., *I giuristi alla Costituente: l'opera di Costantino Mortati*, in U. De Siervo (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, vol. II, Bologna, il Mulino, 1980, 59 ss.

Bucalo M.E., *La "circoscritta (e puntellata) area" di incostituzionalità dell'art. 580 c.p. fra* self-restraint *della Corte costituzionale e perdurante inerzia del legislatore*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, 99 ss.

Calamandrei P., *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, n. 1/1956, 7 ss.

Caldironi M., *La "leale collaborazione" tra Corte costituzionale e legislatore*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, Fascicolo Speciale n. 6, 2024, 589 ss.

Campanelli G., *La Corte costituzionale riconosce la tutela della dignità nella scelta di morire e sospende la discrezionalità del legislatore*, in *Quad. cost.*, n. 1/2020, 138 ss.

Campodonico F., *"Robin Hood Tax": la Corte costituzionale fa chiarezza sui criteri di determinazione della ragionevolezza del tributo*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 3/2015, pt. 2, 459-482.

Canonico M., *L'incriminazione della bestemmia e l'insospettata interpretazione escogitata dalla Corte costituzionale*, in *Il dir. fam. per.*, n. 4/1996, 1310 ss.

Canzian N., *La reviviscenza a giudizio: il minimo edittale per le droghe "pesanti" fra divieto di impugnazioni del giudicato e assenza di soluzioni obbligate*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2/2019, 994 ss.

Capolupo C., *Le decisioni di inammissibilità*, in M. Scudiero, S. Staiano (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, Jovene, 1999, 1-33.

Capolupo C., Rastrelli C., *Le decisioni di infondatezza*, in Scudiero M., Staiano S. (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, Jovene, 1999, 35-59.

Cappelletti M., *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, in *Riv. dir. processuale*, 1960, 376 ss.

Caputi Jambrenghi V., *La decorrenza degli effetti dell'annullamento di norma impositiva sulla gestione di bilancio*, in *Rassegna tributaria,* n. 5/2015, 1175 ss.

Caretti P., Cheli E., *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale,* in *Quad. cost.*, n. 1/1984, 17 ss.

Caretti P., *La Corte costituzionale chiude il caso "Cappato" ma sottolinea ancora una volta l'esigenza di un intervento legislativo in materia di "fine vita"*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2020, 1 ss.

Carlassare L., *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 27-69.

Carminati A., *Oltre la leale collaborazione. Al crocevia delle attribuzioni costituzionali degli organi dello Stato*, Napoli, Editoriale. Scientifica, 2020.

Carnevale P., *Incappare… in Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull'ordinanza n. 207 del 2018,* in *Consulta Online*, n. 2/2019, 1 ss.

Carnevale P., *Ridurre le leggi non significa ridurre la Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4/2014, 3587 ss.

Carnevale P., *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui suoi possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza 207 del 2018 della Corte costituzionale,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 28 giugno 2019, 1 ss.

Carrino A. (a cura di), *Legalità e legittimità nell'interpretazione costituzionale*, Milano, Mimesis, 2019.

Carrino A., *La Costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Milano, Mimesis, 2019.

Caruso C., *Dottrina delle "zone franche" e sindacato sulle norme penali di favore. La rivincita della legalità costituzionale?*, in *Giur. Cost*., n. 1/2014, 122 ss.

Catania A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

Ceccanti S., *I sistemi elettorali per le elezioni politiche dopo la 35/2017: una sentenza figlia del referendum, ma per il resto deludente per i proporzionalisti*, in *federalismi.it*, n. 4/2017, 1 ss.

Cecchetti M., *Appunti diagnostici e prognostici in vista della definizione del giudizio costituzionale sul "caso Cappato"*, in *federalismi.it*, n. 17/2019, 1 ss.

Celotto A., *Corte Costituzionale ed eccesso di potere legislativo*, in *Giur. Cost*., n. 5/1995, 3724 ss.

Celotto A., *La legge elettorale: quali prospettive?*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, 1 ss.

Cerri A., *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2004.

Cervati A., *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 125-153.

Chari R. (ed.), *Hard questions for democracy*, London-New York, Routledge, 2013.

Cheli E., *Giustizia costituzionale e sfera parlamentare*, in *Quad. cost.,* n. 2/1993, 263 ss.

Cheli E., *Il giudice delle leggi*, Bologna, il Mulino, 1996.

Ciancio A., *Electoral laws, judicial review and the principle of "communicating vessels"*, in *Diritti fondamentali*, n. 2/2017.

Cociani S.F., *L'"*horror vacui*" e l'irretroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte Costituzionale*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 1/2015, pt. 2, 12 ss.

Cocozza F., *Un salomonico equilibrio tra "*giusta misura*" e "*decisione*" nella sentenza n° 10/2015. La Corte costituzionale "vestale" dei conti pubblici tra i gua-*

sti del funambolismo finanziario ed il miraggio di politiche pro-concorrenziali, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015.

Colaianni N., *La bestemmia ridotta e il diritto penale laico*, in *For. It.*, n. 1/1996, I, 30-37.

Colapietro C., Carnevale P. (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2008.

Comazzetto G., Fictio litis *e azioni di accertamento del diritto costituzionale di voto dopo la sentenza 35/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 21 giugno 2017, ss.

Consulich F., *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 D.P.R. N. 309 del 1990*, in *Giur. Cost.*, n. 2/2019, 1231 ss.

Conti C., Pieretti M., Perra G., *Il partito "nuovo" e la costituente,* in R. Ruffilli (a cura di), *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente, II. L'area socialista. Il partito comunista italiano*, Bologna, il Mulino, 1979, 229 ss.

Costa P., Zolo D. (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica,* Milano, Feltrinelli, 2002.

Costanzo P., *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta Online*, 2005, 1 ss.

Crisafulli V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952.

Crisafulli V., *La Costituzione ha vent'anni,* in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale e realtà sociale*, Bologna, il Mulino, 1978, 69-86.

Crisafulli V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984.

Crisafulli V., *Per la determinazione del concetto dei principî generali del diritto*, ripubblicato recentemente in tre volumi de *Lo Stato,* n. 12/2019; 13/2019; 14/2020 rispettivamente alle pagine 139 ss.; 183 ss.; 185 ss.

Croce M., Salvatore A., *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Abingdon, Routledge, 2013.

Cupelli C., *Corte costituzionale e discrezionalità legislativa in materia penale. Spunti e prospettive nella Relazione del Presidente sulla giurisprudenza del 2018*, in *Cassazione penale*, n. 7/2019, 2748 ss.

Cupelli C., *Il caso Cappato e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Notizie di Politeia*, 2019, 133, 156 ss.

Cupelli C., *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Cassazione penale*, n. 2/2019, 533 ss.

Cupelli C., *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2015, 181 ss.

Cupelli C., *Reviviscenza della normativa abrogata e riserva di legge in materia penale: piena compatibilità?*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2018, 1 ss.

Cupelli C., *Riserva di legge e carenza di delega legislativa nella tormentata vicenda dell'associazione militare con scopo politici: i nuovi spazi di sindacabilità del vizio procedurale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2/2014, 977 ss.

Casanova D., Spadacini L., *Il ballottaggio nazionale tra liste: la sentenza Corte cost. n. 35 del 2017 e il de profundis per i sistemi* majority assuring, in *Osservatorio AIC,* n. 2/2017, 1 ss.

D'Amico M., *"Fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Osservatorio AIC*, n. 1/2020, 286 ss.

D'Amico M., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC,* n. 4/2016, 1 ss.

D'Amico M., *Corte e l'applicazione (nel giudizio* a quo*) della legge dichiarata incostituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 aprile 2015, 1 ss.

D'Amico M., *Una nuova figura di reato: la bestemmia contro la divinità*, in *Giur. cost.*, n. 5/1995, 3484 ss.

D'Arienzo M., *Scelte di fine vita, tutela della dignità del disabile e diritto all'autodeterminazione dell'esercente la professione sanitaria: considerazioni a margine della legge n. 219/2017 alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019*, in *federalismi.it*, n. 20/2020, 379 ss.

D'Atena A., *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, n. 5/1997, 3065 ss.

D'Orazio G., *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, Edizioni di Comunità, 1981.

Da Passano M., *L'"eri dicebamus" di Luigi Einaudi*, in Aa.Vv., *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. I, Firenze, Vallecchi, 1969, 188 ss.

Dalla Balla F., *Squilibri trattamentali, verso l'uso della nosografia psichiatrica per la relativizzazione in senso soggettivo dell'afflizione penale?*, *Giur. cost.*, n. 2/2019, 1130 ss.

De Lungo D., *Il premio di maggioranza alla lista, fra governabilità e legittimità costituzionale. Considerazioni (anche) a valle della sentenza n. 35 del 2017*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 1 ss.

De Siervo U. (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, vol. II, Bologna, il Mulino, 1980.

Del Vecchio I., *Tendenze in materia di delegazione legislativa nella giurisprudenza recente*, in *federalismi.it*, n. 3/2015, 1 ss.

Di Cosimo G., *Sulla discussa tutela penale del sentimento religioso*, in *Giur. cost.*, n. 6/1995, 4522 ss.

Di Giovine O., *La bestemmia al vaglio della Corte costituzionale: sui difficili rapporti tra Consulta e legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/1996, 824 ss.

Dickmann R., *La corte costituzionale torna a derogare al principio di retroattività,* in *federalismi.it,* n. 4/2015, 1 ss.

Dickmann R., *La Corte costituzionale trasforma l'Italicum in sistema elettorale maggioritario 'eventuale' ma lascia al legislatore l'onere di definire una legislazione elettorale omogenea per le due Camere*, in *federalismi.it*, n. 4/2017, 1 ss.

Dickmann R., *Le questioni all'attenzione del legislatore dopo la sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2017, 1 ss..

Diner D., Stolleis M. (eds.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt: A Juxtaposition,* Gerlingen, Bleicher, 1999.

Dodaro G., *Illegittima la pena minima per i delitti in materia di droghe pesanti alla luce delle nuove coordinate del giudizio di proporzionalità*, in *Diritto penale e processo*, n. 10/2019, 1403-1409.

Dolcini E., *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/2016, 1956 ss.

Drigo C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, Bup, 2016.

Dyzenhaus N., *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Herman Heller in Weimar,* Oxford, Clarendon Press, 1997.

Elia L., *Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale,* in *Foro it*., n. 3/1983, 75 ss.

Elia L., *La guerra di Spagna come «fatto ideologico»: un caso di* «political question»*?*, in *Giur. Cost*., 1968, 1741 ss.

Elia L., *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale: ottobre 1981-luglio 1985*, in Aa.Vv. *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, 299-324.

Esposito C., *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*, in Idem, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, 263-281.

Fedele A., *Principio di eguaglianza ed apprezzamento delle "diverse situazioni dei contribuenti" in tema di legittimità costituzionale della c.d. "Robin Hood Tax"*, in *Rivista di diritto tributario*, n. 1/2015, pt. 2, 4 ss.

Felicetti F., *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *Foro it*., I, n. 1/1986, 20 ss.

Ferrari E., *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie tra bilanciamento e gradualità*, in *Le Regioni*, n. 5/1991, 1513 ss.

Ferrari F., *Perché la Corte non avrebbe dovuto giudicare nel merito l'Italicum*, in *laCostituzione.info*, 18 febbraio 2017, 1 ss.

Ferrari F., *Sotto la punta dell'iceberg*: fictio litis *e ammissibilità della q.l.c. nella sent. n. 35/2017*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 14 febbraio 2017, 1 ss.

Ferri G., *I sistemi elettorali delle Camere dopo le sentenze della Corte costituzionale (n. 1/2014 e n. 35/2017) e la legge n. 165/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, 1 ss.

Fiano N., *L'ordinanza n. 207 del 2018: un nuovo modello decisionale all'orizzonte?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1/2019, 577 ss.

Field O.P., *The Doctrine of Political Question in the Federal Courts*, in *Minnesota Law Review*, 1924, 485 ss.

Finkelstein M., *Judicial Self-Limitation*, in 37 *Harvard Law Review,* 1924, 338 ss.

Fransoni G., *Il "dialogo fra le Corti" e la graduazione degli effetti delle sentenze sulla costituzionalità dei tributi: problemi e tecniche*, in *Rassegna tributaria,* n. 5/2015, 1143 ss.

Fransoni G., *L'efficacia nel tempo della declaratoria di incostituzionalità della "Robin Hood Tax"*, in *Corriere tributario*, n. 13/2015, 967 ss.

Furno E., *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale,* in *Osservatorio AIC*, n. 1/2020, 303 ss.

Furno E., *Il "caso Cappato": le aporie del diritto a morire nell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 138 ss.

GALANTE GARRONE A., *I diritti di libertà da Ruffini a Calamandrei*, in BARILE P. (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, Giuffrè, 1990, 269 ss.

GALLI C., *Genealogia della politica. Carla Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, il Mulino, 1996.

GANIS S., *Parlamentarismo e unità politica. Nota al 'Custode della costituzione' di Carl Schmitt*, in *Il pensiero politico,* 1991, 331 ss.

GARZÓN VALLEJO I., *Hart y la configuracion del Estado jurisdiccional. Una lectura schmittiana,* in *Díkaion: revista de actualidad jurídica*, 2008, 12 ss.

GIANFORMAGGIO L., *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata sui principi*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1985, 65 ss.

GIANNINI M.S., *L'illegittimità degli atti amministrativi e delle norme*, in *Riv. it. giur.*, n. 8/1954, 39 ss.

GIORGI C., *La sinistra alla costituente: per una storia del dibattito istituzionale*, Roma, Carocci, 2001.

GIORGIS S., *La Corte costituzionale riserva al legislatore la tutela dei diritti che costano?*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 10/1995, 529 ss.

GIOVANNELLI A., *Alcune considerazioni sul modello della "Verfassungsgerichtsbarkeit" kelseniana nel contesto del dibattito sulla funzione politica della Corte Costituzionale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, Cedam, 1985, 385 ss.

GIUPPONI T.F., «*Ragionevolezza elettorale*» *e discrezionalità del legislatore, tra eguaglianza del voto e art. 66 Cost.*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 giugno 2017, 1 ss.

GONZALO R., *Ecos de Kelsen: Vidas, obras y controversias*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2012.

GRASSO P.G., *Prime osservazioni sulla potestà regolamentare della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 917 ss.

GREGORIO M., *V.E. Orlando costituente*, in *Nomos*, n. 3/2017, 1 ss.

GROFMAN B. (ed.)*, Political gerrymandering and the courts*, New York, Agathon Press, 1990.

GROSSO E., *Il governo degli effetti temporali nella sentenza n. 10/2015. Nuova dottrina o ennesimo episodio di un'interminabile rapsodia*, in *Giur. Cost.*, n. 1/2015, 79 ss.

GROSSO E., *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?,* in *Quad. cost.*, n. 3/2019, 531 ss.

GUARINO G., *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime,* in *Jus*, 1951, 356 ss.

GUASTINI R., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in L. MENGONI (diretto da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2010.

GUASTINI R., *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2011.

GUASTINI R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in L. MENGONI (diretto da), *Trattato di Diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1998.

GUAZZAROTTI A., *Perché imporre l'incriminazione della bestemmia? (Diritto penale religioso e incompetenza dello Stato* in spiritualibus), in *Giur. cost.*, n. 6/1995, 4531 ss.

Günther F., *The neglect of Hans Kelsen in West German Public Law Scholarship, 1945-1980*, in D. Telman (ed.), *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence,* Cham, Springer, 2016, 217 ss.

Henkin L., *Is There a «Political Question» Doctrine?*, in 85 *Yale Law Journal*, 1976, 597 ss.

Herrera C.M. (a cura di), *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt,* Paris, l'Harmattan, 1995.

Herrera C.M., *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitution*, in *Revista de estudios politícos,* vol. 86, 1994, 195 ss.

Hwang S.P., *Rechtsanwendung in der pluralistischen Demokratie. Hans Kelsens Verständnis der Verfassungsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung seiner Demokratietheorie* in *Der Staat*, 2007, 442 ss.

Ingrao G., *La c.d. "Robin Hood Tax" determina un corto circuito tra Corte costituzionale e giudice di merito*, in *Rivista di diritto tributario*, 2/2015, pt. 2, 116 ss.

Jaume L., Troper M. (a cura di), *1789 et l'invention de la Constitution,* Bruylant, Libraire Général de Droit et de Jurisprudence, 1994.

Kelsen H., *Dottrina generale dello Stato* (1925), Milano, Giuffrè, 2013.

Kelsen H., *Dottrina pura del diritto* (1960), Torino, Einaudi, 1990.

Kelsen H., *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello stato*, in Idem, *Il primato del parlamento*, Milano, Giuffrè, 1982, 77-120.

Kelsen H., *La garanzia giurisdizionale della costituzione*, in Idem, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981 143-206.

Kelsen H.,*Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Milano, Etas, 2009.

Klatt M., *Positive rights: Who decides? Judicial review in balance*, in *ICON*, vol. 13, n. 2/2015, 354 ss.

Kumm M., *Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, in *German Law Journal*, vol. 7, 2006, 341 ss.

La Torre M., *Chi ha paura del giudice costituzionale? Decisionismo e positivismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini*, 2013, 153 ss.

Lamarque E., *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana,* Roma-Bari, Laterza, 2012.

Lattanzi G., *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, in *Cass. pen*., 1983, 1916 ss.

Laus F., *Il rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, alla luce delle pronunce sul caso "Cappato" e sulle tutele crescenti nel "Jobs Act"* , in *Rivista AIC*, n. 2/2020, 65 ss.

Leighley J.E. (ed.), *The Oxford handbook of American elections and political behavior*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

Lener A., *L'eccesso di potere legislativo e la Corte costituzionale oggi,* in *Foro it*., 1982, 2693 ss.

Leo G., *Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie dell'aiuto al suicidio*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1/2019, 241 ss.

Leone S., *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a "rime possibili"*, in *Quad. cost.*, n. 1/2019, 183 ss.

Liberali B., *Le nuove dimensioni del volto costituzionale del sistema penale (sentenza n. 236 del 2016)*, in *Quad. cost.*, n. 2/2017, 381 ss.

Lillo P., *Corte costituzionale e art. 724 c.p.: cronaca di una incostituzionalità annunciata e dichiarata*, in *Giur. cost.*, n. 6/1995, 4542 ss.

Lollo A., *La giurisprudenza costituzionale sul sindacato delle "norme penali più favorevoli" ad una svolta. La Corte adotta un paradigma "sostanziale" ed estende (giustamente) il sindacato di costituzionalità ai casi di violazione della legge di delega.* (Osservazioni minime a margine di Corte cost. n. 5 del 2014), in *Osservatorio AIC*, 2014, 1 ss.

Luciani M., Bis in idem: *la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, 1 ss.

Luciani M., *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in Romboli R. (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990,* Torino, Giappichelli, 1991, 170 ss.

Luciani M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. Cost.*, n. 4/2006, 1643 ss.

Luciani M., *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam, 1984.

Luciani M., *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Giuffrè, 2023.

Macchitella C., *L'autonomismo,* in R. Ruffilli (a cura di), *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente, II. L'area socialista. Il partito comunista italiano*, Bologna, il Mulino, 1979, 69 ss.

Maestri G., *Orizzonti di tecnica elettorale: problemi superati, irrisolti ed emersi alla luce della sentenza n. 35 del 2017*, in *Nomos*, n. 2/2017, 1 ss.

Mainardis C., *Limiti agli effetti retroattivi delle sentenze costituzionali e principio di proporzionalità (un'osservazione a C. cost. n. 10/2015)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 1 ss.

Manes V., *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, n. 6/2016, 2105 ss.

Mangia A., *L'azione di accertamento come surrogato funzionale del ricorso diretto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 17 giugno 2018, 1 ss.

Mantl W., *Hans Kelsen und Carl Schmitt*, in W. Krawietz, E. Topitsch, P. Koller (hrgs.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlin, Duncker&Humblot, 1982, 185 ss.

Marcenò V., *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giur. cost.*, n. 2/2019, 1217 ss.

Marcheselli A., Ronco S.M., *L'"incostituzionalità differita" della c.d. "Robin Tax", tra diritti fondamentali, analisi economica del diritto e diritto dell'Unione europea: il futuro della fiscalità tra nuove categorie concettuali e rischi di "teratogenesi" giuridica*, in *Consulta online*, n. 3/2015, 647 ss.

Margiotta Broglio C., *La Corte costituzionale italiana e il modello Kelseniano*, in *Quad. cost.*, n. 2/2000, 333 ss.

Marini F.S., Cupelli C. (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207 del 2018*, Napoli, Esi, 2019.
Martinelli R., *La sentenza n. 35/2017 della Corte costituzionale: nota critica*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 7 maggio 2017, 1 ss.
Martire D., *Dalle "rime obbligate" alle soluzioni costituzionalmente "adeguate", benché non obbligate*, in *Giur. Cost.*, n. 2/2019, 696 ss.
Masciotta C., *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti"*, in *federalismi.it*, n. 6/2019, 1 ss.
Massa M., *La terza incostituzionalità «prospettata» e la questione dell'ergastolo ostativo*, in *Nomos*, n. 2/2021, 1 ss.
Massa M., *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Franco Angeli, 2023.
Massa M., *Prospettiva storica e concezioni della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 2/2020, 275 ss.
Massa M., *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *Rivista italiana di medicina legale*, n. 4/2018, 1323 ss.
Massa Pinto I., *Dalla sentenza n. 1 del 2014 alla sentenza n. 35 del 2017 della Corte costituzionale sulla legge elettorale: una soluzione di continuità c'è e riguarda il ruolo dei partiti politici*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2017, 43 ss.
Massa Pinto I., *La sentenza della Corte costituzionale n. 10 del 2015 tra irragionevolezza come conflitto logico interno alla legge e irragionevolezza come eccessivo sacrificio di un principio costituzionale: ancora un caso di ipergiurisdizionalismo costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015, 1 ss.
Matteoni A., *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle "decisioni di incostituzionalità prospettata": verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *Consulta Online*, n. 2/2021, 348 ss.
Mazziotti di Celso M., *(voce) Parlamento. II – Diritto costituzionale. a) Principi generali e funzioni*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, 757-820.
McGann A.J., Smith C.A., Latner M., Keena A., *Gerrymandering in America: The House of Representatives, the Supreme Court, and the Future of Popular Sovereignty*, Cambridge, Cambridge University press, 2016.
Mehering R., *Staatsrechtslehre, Rechtslehre, Verfassungslehre: Carl Schmitts Auseinandersetzung mit Hans Kelsen*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. 80, n. 2/1994, 191 ss.
Meierhenrich J., Simons O. (eds.), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
Mengoni L., *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in Idem, *Ermeneutica e dogmatica* giuridica, Milano, Giuffrè, 1996, 115-140.
Merlino A., *Storia di Kelsen. La recezione della* Reine Rechtslehre *in Italia*, Napoli, ES, 2012.
Messineo D., «Accadde domani»*: l'illegittimità costituzionale ipotetica di un seguito legislativo mancato nella sentenza della Corte costituzionale sulla "Robin Tax"*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 1 ss.
Mezzanotte C., *Il giudizio sulle leggi. Le ideologie del costituente*, Napoli, Esi, 2014.
Minincleri M., *Il sindacato di legittimità costituzionale sulle leggi elettorali, tra ruolo "legislativo" della Consulta, "moniti" al Parlamento ed ipotesi di introduzione del controllo preventivo*, in *Consulta online*, Studi, n. 3/2017, 419 ss.

MODUGNO F., *(voce) Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, 1991, 1-24.

MODUGNO F., *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza Costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1995.

MODUGNO F., *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in AZZARITI G. (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007, 51-81.

MODUGNO F., *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 14/2020, 101 ss.

MODUGNO F., *Una questione di costituzionalità inutile: è illegittimo il penultimo capoverso dell'art. 30 l. 11 marzo 1953 n. 87?,* in *Giur. cost*., n. 11/1966, 1723 ss.

MONETA P., *Il reato di bestemmia "depurato" dalla Corte costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1996, 297 ss.

MORANA D., *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *www.amministrazioneincammino.it*, 2015, 1 ss.

MORELLI A., *Tutela* nel *sistema o tutela* del *sistema? Il «caso» come occasione della «tutela sistemica» della legalità costituzionale e la «forza politica» del Giudice delle leggi (notazioni a margine di Corte cost. n. 10/2015),* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 aprile 2015, 1 ss.

MORESO J.J., *Kelsen on Justifying Judicial Review*, in GONZALO R., *Ecos de Kelsen: Vidas, obras y controversias*, Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2012, 354-378.

MORRONE A. (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale (testi provvisori delle relazioni orali al seminario di Bologna, 12 ottobre 2018)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 10/2018, 1 ss.

MORRONE A., *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, Relazione al XXXVIII Convegno AIC "*Le dinamiche della forma di governo nell'Italia Repubblicana*", Brescia, 13 ottobre 2023, 1 ss.

MORRONE A., *Dopo la decisione sull'Italicum: il maggioritario è salvo, e la proporzionale non un obbligo costituzionale*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 13 febbraio 2017, 1 ss.

MORRONE A., *Il caso e la sua legge. Note sulla vicenda Cappato/Dj Fabo*, in *Famiglia e diritto*, n. 3/2020, 244 ss..

MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001.

MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 2/2019, 251 ss.

MORRONE A., *Suprematismo giudiziario. II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione,* in *federalismi.it,* n. 12/2021, 170 ss.

MORTATI C., *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro it.*, n. 5/1970, V, 153 ss.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, Cedam, 1976.

MORTATI C., *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1968.

MORTATI C., *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. it.,* 1949, 457 ss.

MOURTADA-SABBAH N., CAIN B.E. (eds.), *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Laham, Lexington Books, 2007.

Negroni A.A., *La corte costituzionale all'Assemblea costituente,* Roma, Aracne, 2015.

Occhiocupo N., *La Corte costituzionale come giudice di "opportunità" delle leggi*, in Idem (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, il Mulino, 1978, 13-65.
Onida V., *Le radici della giustizia costituzionale*, in Vignudelli A. (a cura di), *Lezioni magistrali di Diritto Costituzionale*, II, Modena, Mucchi, 2012, 181-191.
Onida V., *Relazione di sintesi*, in Aa.Vv., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano, Giuffrè 1990, 301-312.
Orrù R., Bonini F., Ciammariconi A. (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici esperienze e modelli*, Napoli, Esi, 2012.

Pace A., *Diritti di libertà e diritti sociali nel pensiero di Calamandrei,* in Barile P. (a cura di), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, Milano, Giuffrè, 1990, 303 ss.
Pacini F., Abrogatio non petita, accusatio manifesta*: la Corte costituzionale interviene sulle vicende del d.lgs. n. 43 del 1948*, in *federalismi.it*., n. 7/2014, 1 ss.
Paladin L., *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, Giuffrè, 1965.
Paladin L., *Legittimità e merito delle leggi nel processo costituzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1964, 304 ss.
Paladin L., *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl*., 1956, 993 ss.
Palazzo A. (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, Esi, 2001.
Palazzo F., *La sentenza Cappato può dirsi «storica»?,* in *Politica del diritto*, n. 1/2020, 1 ss.
Palazzo F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* n. 2/1998, 350 ss.
Palazzo F.C., *La tutela della religione tra eguaglianza e secolarizzazione (a proposito della dichiarazione di incostituzionalità della bestemmia)*, in *Cass. pen.*, n. 1/1996, 47 ss.
Panizza S., *L'argomentazione della Corte costituzionale in ordine al fondamento e alla disciplina del potere di modulare il profilo temporale delle proprie decisioni,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 30 aprile 2015, 1 ss.
Panunzio S.P., *I regolamenti della Corte costituzionale*, Padova, Cedam, 1970.
Pasquale L., *Corte costituzionale e art. 724 c.p.: cronaca di una incostituzionalità annunciata e dichiarata*, in *Giur. cost*., n. 6/1995, 4542 ss.
Pasquino P., *Gardien de la Constitution ou justice constitutionelle? Carl Schmitt et Hans Kelsen*, in L. Jaume, M. Troper (a cura di), *1789 et l'invention de la Constitution,* Bruylant, Libraire Général de Droit et de Jurisprudence, 1994, 143 ss.
Pasquino P., *L'origine du controle de constitutionnalité en Italie. Les débats de L'Assemblée constituante*, in *Riv. trim. dir. pubb*., 2006, 1 ss.
Pasquino P., *La Corte decide di decidere ma non coglie la natura del ballottaggio*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 6 aprile 2017, 1 ss.
Paulson S.L., *The Schmitt-Kelsen Dispute on the 'Guardian of the Constitution': The Issue oh Subsumption*, in *Diritto e cultura,* 1995, 169 ss.

Pedrini F., *Clausole generali e principi costituzionali*, in *Forum di Quaderni costituzionali,* 29 giugno 2015, 1 ss.

Pedrini F., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, Bononia University Press, 2013.

Pesole L., *Il ruolo della Corte nel contesto storico-politico segnato dalla bocciatura della riforma costituzionale*, in *federalismi.it*, n. 17/2018, 1 ss.

Petta P., *Kelsen, Schmitt e il custode della costituzione*, in *Storia e politica*, XVI, n. 3/1977, 501 ss.

Picchi M., "*Leale e dialettica collaborazione" fra Corte costituzionale e Parlamento,* in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2018, 1 ss.

Picchi M., *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell'ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2020, 1411 ss.

Piccione D., *Il silenzioso epitaffio per l'art. 148 c.p.: l'inizio della fine per la differenza di trattamento tra grave infermità fisica e psichica, Giur. cost.*, 2019, 1121 ss.

Piccirilli G., *È incostituzionale la (plurima) abrogazione del divieto di associazioni di carattere militare. La Corte costituzionale opportunamente presidia il corretto equilibrio tra riserva di legge in materia penale e legislazione delegata*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2014, 1 ss.

Pierandrei F., *(voce) Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, 874-1036.

Pierandrei F., *Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale (natura, efficacia, esecuzione),* in *Riv. it. scienze giu.*, 1954, 101 ss.

Pietropaoli S., *Schmitt*, Roma, Carocci, 2012.

Pin A., Longo E., *La sentenza n. 10 del 2015: un giudizio di proporzionalità "in concreto" o realistico?,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015.

Pinardi R., *Il caso Cappato e la scommessa della Corte (riflessioni su un nuovo modello di pronuncia monitoria),* in *Giur. cost.*, 2018, 2465-2476.

Pinardi R., *La Corte e la crisi tra bilanciamenti di interessi ed «impatto macroeconomico» delle pronunce d'incostituzionalità*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 aprile 2015, 1 ss.

Pinardi R., *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4 agosto 2020, 103 ss.

Pinardi R., *Le pronunce Cappato: analisi di una vicenda emblematica della fase attualmente attraversata dal giudizio sulle leggi*, in Aa.Vv., Liber Amicorum *per Pasquale Costanzo*, in *Consulta Online*, 2020, 1 ss.

Pinelli C., *The Kelsen/Schmitt Controversy and the Evolving Relations between Constitutional and International Law*, in *Ratio Juris,* 2010, 493 ss.

Pino G., *L'interpretazione nel diritto,* Torino, Giappichelli, 2021.

Pino G., *Tre concezioni della Costituzione*, in *Rivista di Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2015, 1 ss.

Pino G., *Vezio Crisafulli sui principi di diritto. Prima e dopo*, in *Lo Stato,* n. 14/2020, 175 ss.

Piperno C., *La Corte costituzionale e il limite di* political question, Milano, Giuffrè, 1991.

Piras A., *(voce) Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, 65-91.

Pisanò A., *Il re è nudo! La "nuova forma di collaborazione" tra potere legislativo e potere giudiziario nel caso Cappato, dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 242/2019*, in *Politica del diritto*, n. 1/2020, 63 ss.
Pittaro P., *Il dibattuto tema del suicidio assistito: quando la Corte Costituzionale supplisce il legislatore*, in *Famiglia e diritto*, n. 3/2020, 257 ss.
Pittaro P., *La parziale incostituzionalità del reato di bestemmia*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 455 ss.
Pizzolato F., *Orlando all'Assemblea Costituente*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016, 1-26.
Pizzorusso A., *Commento all'art. 134 Cost.*, in S. Bartole S., R. Bin (a cura di) *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 2008, 1147-1183.
Pizzorusso A., *Commento all'art. 134*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli Editore e Soc. ed. del Foro Italiano, 1981, 1-143.
Pizzorusso A., *Il controllo della Corte costituzionale sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 795 ss.
Pizzorusso A., *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1988, 71-95.
Pizzorusso A., *La Corte costituzionale tra giurisdizione e legislazione*, in *Foro it.*, 1980, V, 117 ss.
Poggi F., *Il caso Cappato: la Corte costituzionale nelle strettoie tra uccidere e lasciar morire*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, 81 ss.
Pribán J., *Self-Reference of the Constitutional State: A Systems Theory Interpretation of the Kelsen-Schmitt Debate,* in *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought*, 2011, 309 ss.
Prisco S., *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 3/2018, 153 ss.
Profiti E., *L'illegittima abrogazione per difetto di delega del reato di "associazione militare per scopi politici": quando il principio della riserva di legge non preclude una sentenza di illegittimità costituzionale con effetti in* malam partem, in *Cassazione penale*, n. 9/2014, 2890 ss.
Pugiotto A., *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 aprile 2015, 1 ss
Pugiotto A., *Variazioni processuali sul "caso Cappato"*, in A. Morrone (a cura di), *Il "caso Cappato davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 ottobre 2018, 40 ss.
Pulitanò D., *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, n. 7-8/1983, I, 1806 ss.
Pulitanò D., *La misura delle pene. Fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 2/2017, 48 ss.
Pulitanò D., *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

Ramacci F., *La bestemmia contro la divinità: una contravvenzione delittuosa?*, *Giur. cost.*, n. 5/1995, 3484 ss.
Rauti A., *La Corte costituzionale e il legislatore. Il caso emblematico del controllo sulle leggi elettorali*, in *Consulta online*, n. 2/2017, 216 ss.
Raveraira M., *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, n. 11/2018, 123 ss.

RAVERAIRA M., *La decisione della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in *Lo Stato*, n. 11/2018, 433 ss.

RAZZANO G., *Sulla relazione fra l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale e il Parlamento*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2019, 1 ss.

REDISH M.H., *Judicial Review and the "Political Question"*, in *79 Northwestern University Law Review*, 1985, 1031 ss.

REDISH M.H., *The Federal Courts in the Political Order. Judicial Jurisdiction and American Political Theory*, Durham, Carolina Academic Press, 1991, 111 ss.

REPETTO G., *Interventi additivi della Corte costituzionale e ragionevolezza delle scelte legislative in un'ordinanza anticipatrice di incostituzionalità,* in *Giur. cost.*, 2018, 2487 ss.

RICCOBONO F., *Antikelsenismo italiano,* Torino, Giappichelli, 2017.

RIGANO F., *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982.

ROBERTI I., *I moniti "a termine" della corte costituzionale e le implicazioni sull'attività legislativa del parlamento*, in *federalismi.it*, n. 17/2021, 174 ss.

ROMBOLI R. (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, Esi, 2006.

ROMBOLI R. (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990,* Torino, Giappichelli, 1991.

ROMBOLI R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1994.

ROMBOLI R., *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo* a quo *la norma dichiarata incostituzionale* ab origine*: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015.

ROMBOLI R., *La Corte costituzionale decide con sentenza il "caso Cappato" e supera l'ostacolo "insormontabile" approvando essa stessa la disciplina dell'aiuto a morire*, in *Foro it.*, 2020, 839-843.

ROMBOLI R., *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in E. MALFATTI, V. MESSERINI, R. ROMBOLI, E. ROSSI E., A. SPERTI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova "stagione" nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore*, Pisa, Pisa University Press, 2023, 301-334.

RONCO M. (a cura di), *Il "diritto" di essere uccisi: verso la morte del diritto?*, Torino, Giappichelli, 2019.

ROSSANO C., *Note su premio di maggioranza ed esigenze di omogeneità delle leggi elettorali della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica nella sentenza della Corte costituzionale n. 35/2017*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, 1 ss.

ROSSELLI F., *L'attività giurisdizionale nella teoria di Kelsen*, in *Rivista di diritto civile*, 2/1991, 153 ss.

ROSSI E., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore nel periodo 1987-1989*, in R. ROMBOLI (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 1991, 214-227.

ROSSI E., *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta, Atti del Seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010*, Torino, Giappichelli, 2011, 333 ss.

Ruffilli R. (a cura di), *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente, II. L'area socialista. Il partito comunista italiano*, Bologna, il Mulino, 1979.

Ruggeri A., *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in *Diritto pubblico*, 1998, 1 ss.

Ruggeri A., *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità: un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronunzia sull'Italicum*, in *Lo Stato,* n. 8/2017, 293 ss.

Ruggeri A., *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia insieme*, 2019, 1 ss.

Ruggeri A., Sliding doors *per la incidentalità nel processo costituzionale (a margine di Corte cost. n. 10 del 2015),* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 9 aprile 2015, 1 ss.

Ruggeri A., *Teorie e "usi" della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 3/2007, 519 ss.

Ruggeri A., *Trasformazioni della Costituzione e trasformazioni della giustizia costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2018, 1 ss.

Ruini M., *La Corte Costituzionale nella Costituzione italiana*, in *Rivista amministrativa*, 1949, in tre parti: 227-238; 310-322; 379-388.

Ruotolo M., *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*, n. 2/2019, 644 ss.

Ruotolo M., *Principio di diritto nell'interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l'esigenza di "rendere giustizia costituzionale"*, in *Rivista AIC*, 1/2015, 1 ss.

Ruotolo M., *Quando l'inerzia del legislatore rende indifferibile l'intervento della Corte costituzionale. A proposito dell'applicazione della detenzione domiciliare per il "reo folle"*, in *Giur. cost.*, 2019, 1103 ss.

Salazar C., *«Morire sì, non essere aggrediti dalla morte». Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019, 567 ss.

Salazar C., *Crisi economica e diritti fondamentali - Relazione al XXVIII convegno annuale dell'Aic*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 1 ss.

Salazar C., *Le decisioni processuali: la restituzione degli atti al giudice a quo e le pronunce di inammissibilità*, in Aa.Vv., *Il processo costituzionale: la tipologia delle decisioni*, in *Foro it.*, n. 5/1998, 145 ss.

Salvadori G., *La Corte conferma l'accesso "in via preferenziale" (nota a sent. n. 35 del 2017),* in *Osservatorio AIC*, n. 2/2017, 1 ss.

Sandulli A.M., *Natura, funzioni ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale sulla legittimità delle leggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 23 ss.

Scaccia G., *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, n. 3/1999, 387 ss.

Scaccia G., *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000.

Scagliarini S., *L'incostituzionalità sopravvenuta sfuggita alla Corte*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2015, 1 ss.

Scagliarini S., *La Corte tra Robin Hood Tax e legislatore "Senzaterra"*, in *Consulta OnLine*, n. 1/2015, 232 ss.

SCALONE A., *Il giudice costituzionale fra diritto e politica*, in A. CARRINO (a cura di), *Legalità e legittimità nell'interpretazione* costituzionale, Milano, Mimesis, 2019, 79-134.

SCHMITT C., *Dottrina della costituzione*, (1928), Milano, Giuffrè, 1984.

SCHMITT C., *Il custode della costituzione*, Milano, Giuffrè, 1981.

SCOLETTA M., *La sentenza n. 5/2014 della Corte costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014, 1 ss.

SCUDIERO M., STAIANO S. (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, Jovene, 1999.

SEABROOK N.R., *Drawing the lines: constraints on partisan gerrymandering in U.S. politics*, Ithaca-London, Cornell University Press, 2017.

SERGES G., *E se il caso Cappato fosse risolto con un accoglimento interpretativo transitorio?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, 1 ss.

SHARPF F., *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis,* in 75 *The Yale Law Journal* 517, 1966, 517 ss.

SILVESTRI G., *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in IDEM, *Le garanzie della Repubblica*, Torino, Giappichelli, 2009, 89 ss.

SIRACUSANO F., *Il "reo folle" davanti al giudice delle leggi: la Corte costituzionale supplisce all'ostinata inerzia del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, 1111 ss.

SOBRINO G., *Il problema dell'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale della legge elettorale alla luce delle sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017 e le sue possibili ricadute: dalla (non più tollerabile) "zona franca" alla (auspicabile) "zona a statuto speciale" della giustizia costituzionale?,* in *federalismi.it*, n. 15/2017, 1 ss.

SPERTI A., *Corti supreme e conflitti tra poteri. Spunti per un confronto Italia-Usa sugli strumenti e le tecniche di giudizio del Giudice costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005.

SPERTI A., *La discrezionalità del legislatore*, in ROMBOLI R. (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Napoli, Esi, 2006, 625 ss.

STEVANATO D., *La "Robin Hood Tax" e i limiti alla discrezionalità del legislatore*, in *Riv. giur. trib.*, n. 10/2008, 841 ss.

TADDEI F., *La Costituente nella politica del PSI,* R. RUFFILLI R. (a cura di), *Cultura politica e partiti nell'età della Costituente, II. L'area socialista. Il partito comunista italiano*, Bologna, il Mulino, 1979, 17 ss.

TALINI S., *Il controverso rapporto tra giurisprudenza costituzionale, scelte parlamentari e decisioni di Strasburgo: considerazioni di sistema a partire dalla nuova udienza sul "caso Cappato",* in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2019, 1 ss.

TARELLO G., *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980.

TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, Bononia University Press, 2020.

TEGA D., Welfare *e crisi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 2/2014, 303 ss.

TELMAN D. (ed.), *Hans Kelsen in America – Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influence,* Cham, Springer, 2016.

Tondi Dalla Mura V., *La discrezionalità del legislatore in materia elettorale, la «maieutica» della Consulta e il* favor *(negletto) verso il compromesso legislativo: continuità e discontinuità fra le sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018, 1 ss.

Tondi della Mura V., *Ma la discrezionalità legislativa non è uno spazio vuoto. Primi spunti di riflessione sulle sentenze della Consulta n. 1/2014 e n. 35/2017*, in *Diritti fondamentali*, n. 1/2017, 1 ss.

Toscano G., *Ai confini del sindacato di costituzionalità sulle norme penali "*in bonam partem*"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1/2016, 304 ss.

Tripodina C., *Il "potere politico" della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in R. Balduzzi, M. Cavino, J. Luther, *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, Torino, Giappichelli, 2011, 1-52.

Tripodina C., *Sostiene la Corte che morire all'istante con l'aiuto d'altri sia, per alcuni, un diritto costituzionale. Di alcune perplessità sull'ord. 207/2018,* in *Giur. cost.*, 2018, 2476 ss.

Troilo S., *Le liste (in tutto o in parte) bloccate e le candidature multiple dopo la sentenza costituzionale n. 35/2017: dall'arbitrio (soltanto) dei politici a quello (anche) della sorte, e poi di nuovo dei politici?,* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 27 giugno 2017, 1 ss.

Troper M., *Il problema della interpretazione e la teoria della sovralegalità costituzionale*, in Idem, *Per una teoria giuridica dello stato,* Napoli, Guida, 1998, 263 ss.

Troper M., *Per una teoria giuridica dello stato,* Napoli, Guida, 1998.

Troper M., *The Guardian of the Constitution. Hans Kelsen's Evaluation of a Legal Concept*, in D. Diner, M. Stolleis (eds.), *Hans Kelsen and Carl Schmitt: A Juxtaposition,* Gerlingen, Bleicher, 1999, 81 ss.

Trucco L., *"Sentenza Italicum": la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere*, in *Consulta online*, Studi, n. 1/2017, 149 ss.

Vallini A., *Il "caso Cappato": la Consulta autorizza e "disciplina" il suicidio assistito*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 5/2020, 1198 ss.

Van Ooyen R.C., *Viel Smend (und auch Schmitt), wenig Kelsen: Zur Rezeption in der deutschen Staatsrechtslehre*, in Idem, *Han Kelsen und die offene Gesellschaft*, Wiesbaden, Springer, 2017, 219 ss.

Venditti R., *Reato di bestemmia e pluralità di religioni*, in *Giur. cost.*, n. 6/1995, 4517 ss.

Veronesi P., *La Corte "sceglie i tempi": sulla modulazione delle pronunce d'accoglimento dopo la sentenza n. 10/2015*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3 aprile 2015, 1 ss.

Veronesi P., *La Corte costituzionale "affina, frena e rilancia": dubbi e conferme nella sentenza sul "caso Cappato"*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1/2020, 5 ss.

Vespignani L., *Corte costituzionale:* poulitique ou politicienne? *Osservazioni sulla posizione della Corte delle leggi nel sistema costituzionale*, in *Lo Stato*, n. 4/2016, 115 ss.

Vespignani L., *La Carta "in gioco" Il malessere della Costituzione tra norma e politica*, in *Lo Stato*, n. 14/2020, 599 ss.

VESPIGNANI L., *Ragionevolezza dell'eccesso oppure eccesso di ragionevolezza? Alcune note sull'evoluzione dell'eccesso di potere legislativo nella giurisprudenza costituzionale,* in *Lo Stato*, n. 3/2014, 251 ss.

VIGANÒ F., *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 novembre 2016, 1 ss.

VIGNUDELLI A. (a cura di), *Lezioni magistrali di Diritto Costituzionale*, II, Modena, Mucchi, 2012.

VIGNUDELLI A., *Il fantasma della legalità. Fatti e misfatti della Corte costituzionale tra legge e Costituzione*, in *Lo Stato*, n. 7/2016, 85 ss.

VIGNUDELLI A., *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, voll. 1-2, a cura di F. Pedrini e L. Vespignani, Modena, Mucchi, 2019.

VIGNUDELLI A., *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 2011.

VIGNUDELLI A., *La Corte delle leggi. Osservazioni sulla cosiddetta efficacia "normativa" delle sentenze della Corte costituzionale*, Rimini, Maggioli, 1988.

VILLAVERDE MENÉNDEZ I., *L'incostituzionalità per omissione dei silenzi del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1996, 3961 ss.

WECHSLER H., *Principles, Politics and Fundamental Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1961.

WECHSLER H., *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, in 73 *Harvard Law Review*, 1959, 1 ss.

WESTON M.F., *Political Questions,* in 38 *Harvard Law Review*, 1925, 296 ss.

WINBURN J., *The realities of redistricting: following the rules and limiting gerrymandering in state legislative redistricting*, Lanham, Lexington Books, 2008.

ZAGREBELSKY G., *I diritti fondamentali*, in *Materiali per una storia della cultura* giuridica, 1982.

ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

ZAGREBELSKY G., *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, il Mulino, 1982, 103-157.

ZAGREBELSKY G., *La giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 1988.

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

ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2018.

ZAGREBELSKY G., *Problemi in ordine ai costi delle sentenze costituzionali*, in AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l'art. 81, u.c., della Costituzione: atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 8 e 9 novembre 1991*, Milano, Giuffrè, 1993, 99-158.

ZANON N., *La polemique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionelle*, in *Annuaire International de Justice Constitutionelle*, 1989, 177 ss.

ZICCHITTU P., *The Italian Way to the "Political Question"*, in *Italian Journal of Public Law*, n. 1/2015, 222 ss.

I quaderni de *Lo Stato*

Collana di scienza costituzionale, diritto dell'economia
e teoria del diritto diretta da Aljs Vignudelli

1. Günther Winkler, *Il diritto e la scienza del diritto. Riflessioni per un pensiero giuridico empirico-razionale a partire da spazio e tempo*, a cura di Federico Lijoi, gennaio 2015.

2. Gino Scaccia, *Il re della repubblica. Cronaca costituzionale della Presidenza di Giorgio Napolitano*, gennaio 2015.

3. Enzo Cheli, *Taccuino di un costituzionalista*, a cura di Michela Manetti, settembre 2015.

4. Antonino Scalone, *Stato, scienza e società in Hans Kelsen. Su alcune antinomie della dottrina pura del diritto*, aprile 2016.

5. Agostino Carrino, *Il suicidio dell'Europa. Sovranità, Stati nazionali e "grandi spazi"*, giugno 2016.

6. Otto Kirchheimer, *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, a cura di Antonino Scalone, marzo 2017.

7. Bernd Rüthers, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Costituzione e metodi. Un saggio*, a cura di Giuliana Stella, aprile 2018.

8. Aljs Vignudelli, *Il vaso di Pandora. Scritti sull'interpretazione*, a cura di Federico Pedrini e Luca Vespignani, ottobre 2018.

9. *Il diritto dell'informazione. Temi e problemi*, a cura di Michela Manetti e Roberto Borrello, settembre 2019.

10. Antonio Riviezzo, *L'autorità dell'anticorruzione*, gennaio 2020.

11. Daniele Piccione, *Effettività della Costituzione e coscienza collettiva*, aprile 2021.

12. Luca Mandrioli, *La cessione dei crediti* salvo buon fine *nello sconto bancario: prime riflessioni*, maggio 2021.

13. Tommaso Barbieri, *L'atto amministrativo e i confini della giurisdizione penale*, novembre 2022.

14. Matteo Caldironi, *A discrezione del legislatore*, maggio 2024.

La monografia si occupa del tema della discrezionalità del legislatore e dei limiti del controllo di legittimità costituzionale. Tra le tematiche analizzate ampio spazio è dedicato al dato positivo, con particolare riferimento all'art. 134 Cost. in cui viene esplicitata la natura del sindacato di costituzionalità per poi affrontare la disciplina dell'art. 28 della legge 87 del 1953, che esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento, vietando così, anche all'interprete istituzionale, di modificare le regole del sistema.
La parte centrale della ricerca è invece dedicata all'analisi della giurisprudenza costituzionale: le decisioni acquisite sono sistematizzate seguendo tre linee guida fondamentali. In primo luogo, si opera una suddivisione per materia e, all'interno di questa, si pone l'accento sulla successione cronologica delle stesse (pronunce) al fine di individuare eventuali tendenze idonee a delineare un (eventuale) vincolo giurisdizionale nel suo evolversi nel tempo. In secondo luogo, si presta attenzione al tipo di pronuncia. Infine, si approfondiscono le motivazioni più ricorrenti.
Nella parte finale dello studio, si affronta la particolare dottrina della *political question* elaborata negli Stati Uniti, per valutare criticamente in che modo presenti analogie e differenze con il limite della discrezionalità del legislatore elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiana.

Matteo Caldironi ha ottenuto il titolo di Dottore di Ricerca presso l'Università di Bologna. Già *Land Steiermark Fellow* presso la *Karl-Franzens-Universität* (Graz), dal 2022 è Assegnista di ricerca presso l'Università di Modena e Reggio Emilia. Relatore in convegni in Italia e all'estero e autore di pubblicazioni sul rapporto tra Corte costituzionale e legislatore e sulle nuove forme di genitorialità, ha partecipato a progetti anche internazionali tra cui, da ultimo, il progetto *Just Parent. Legal Protection for Social Parenthood* finanziato dall'UE.

ISBN 9791281716148
Versione pdf *open access* al sito
www.mucchieditore.it