

# DIRITTO E SOCIETÀ

4/2019

*Giorgio Repetto*

LA GIUSTIZIA RESA DALLA GIUSTIZIA  
COSTITUZIONALE. PROFILI PROCESSUALI

*[Estratto]*

EDITORIALE SCIENTIFICA

NAPOLI 2019

ISSN 0391-7428



## SAGGI

Giorgio Repetto

### LA GIUSTIZIA RESA DALLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE. PROFILI PROCESSUALI\*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<sup>1</sup> G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Torino 1997, 9.

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

Corte costituzionale da molti punti di vista diversi, soprattutto in ragione del suo saldarsi alle caratteristiche del caso concreto e all'attribuzione ad esso di una normatività che si dispiega nell'operazione interpretativa consistente nell'attribuzione di senso e valore<sup>3</sup>. La pressione normativa del fatto, diventato ora "caso vivo"<sup>4</sup>, si dispiega sulle circostanze e modalità di esercizio dei poteri della Corte costituzionale (tra gli altri giudici), chiamata ora a corrispondere a tali aspettative di giustizia promananti dal caso tramite un più adeguato uso dei suoi strumenti interpretativi, dal bilanciamento all'interpretazione "orientata al pluralismo", fino al rispetto del precedente inteso come luogo di composizione del rapporto tra stabilità e mutamento all'interno delle vicende della normatività costituzionale<sup>5</sup>. Lì dove la commisurazione a istanze di giustizia ha inciso tuttavia con maggiore evidenza e in termini più espliciti sull'azione della Corte è con riferimento a quei casi in cui, pur dietro il rimando all'art. 3 Cost. come parametro della violazione invocata, essa ha fatto valere un vizio di arbitrarietà della legge (o forse sarebbe meglio dire: della funzione legislativa) che si traduce nel venire meno di un presupposto a tal punto essenziale dell'esercizio del potere legislativo da poter essere accertato anche prescindendo dagli usuali strumenti di raffronto propri del giudizio di ragionevolezza. Si tratta, in tutti quei casi in cui tale giudizio si avvale di una terminologia difficilmente razionalizzabile (razionalità, arbitrarietà, coerenza, *giustizia*), non di un richiamo a norme scritte, ma "[d]el nostro modo di concepire l'ordinamento giuridico e le fonti del diritto" che si è radicato nel tempo e soprattutto nella giurisprudenza costituzionale, e che ha finito per rappresentare un "sottofondo non normato della costituzione dello Stato" (con richiamo a Heller)<sup>6</sup>. All'interno di questa tipologia di vizio originario e costitutivo<sup>7</sup> trovano spazio le figure dell'irrazionalità, dell'irragionevolezza e della ingiustizia, intesa ovviamente non in senso assoluto e astorico ma piuttosto come giudizio di "giustizia", che si distingue dai precedenti perché questi si svolgono pur sempre entro un "gioco di norme", mentre il giudizio di giustizia "prende in considerazione i casi della vita, non per intenderne le norme di diritto,

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

<sup>4</sup> Op. ult. cit., 188.

<sup>5</sup> Op. ult. cit., 275 ss.

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

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

ma per valutare la legittimità di queste ultime”<sup>8</sup>. Già in passato, lo stesso Autore aveva insistito su questa figura mettendo in luce come a venire in gioco in queste circostanze è “il legame giustificativo tra regola e caso”, che ove manchi rende la regola “intrinsecamente arbitraria: in sé e per sé, non in rapporto ad altre regole”<sup>9</sup>. Di un simile ruolo che il giudizio di giustizia ha nella giurisprudenza costituzionale vi sono tracce laddove la Corte chiami in causa una “manifesta irragionevolezza intrinseca”, come avvenuto da ultimo nella sent. n. 236 del 2016 in tema di misura della pena per il reato di alterazione di stato civile (su cui si tornerà *infra*) o, ancora più di recente, nella sent. n. 149 del 2018, dove a essere colpito è l’automatismo legislativo consistente nella preclusione (disposta dall’art. 58-*quater*, comma 4, della legge ord. penit.) dell’accesso ai benefici carcerari per coloro i quali si siano resi responsabili del reato di sequestro di persona da cui sia derivata la morte del sequestrato. In casi del genere, ad essere colpito è, in vario modo, il legame che si instaura tra la norma *sub iudice* e la fattispecie concreta da cui promana l’aspettativa di giustizia, il più delle volte attraverso il filtro costituito dalla funzione sociale a cui quella norma risulta essere preordinata<sup>10</sup>.

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

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

<sup>9</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, 155.

<sup>10</sup> G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I.*, cit., 178.

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

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

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

mento in virtù della necessità di catturare al proprio interno l'azione che la Corte di cassazione svolge in tali circostanze<sup>12</sup>. È in relazione a questo esito che si comprende quindi come “le regole processuali si [debbono] piegare alle (o meglio devono essere lette in funzione delle) esigenze del diritto costituzionale sostanziale, del ‘rendere giustizia costituzionale’ e non viceversa”<sup>13</sup>.

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

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

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

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



tale delimitazione del campo di indagine, in prima battuta, e salvo quanto si proverà a ulteriormente chiarire nel corso dell'esposizione, il riferimento alla giustizia verrà reso nei termini tradizionali di un'attenuazione dello *ius strictum* costituito dai significati tradizionalmente acquisiti dalle regole processuali medesime. Di volta in volta, si proverà a rintracciare le diverse modalità di manifestazione di un fenomeno del genere, di coglierne il significato alla luce delle coordinate di sviluppo tanto della giustizia costituzionale come fenomeno processuale quanto della più ampia configurazione del ruolo della Corte costituzionale e della sua posizione nel sistema. Per far questo, ritengo sia inevitabile che a venire in gioco sia con assoluta prevalenza il giudizio in via incidentale, posto che, pur non potendo escludere che negli altri giudizi la flessibilità delle regole processuali venga indirizzata al perseguimento di finalità equitative o di giustizia<sup>14</sup>, è solo nel giudizio incidentale che le prassi ripetute in questo senso si prestano a soddisfare un minimo tentativo di sistematizzazione.

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

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

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

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

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

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

In questo senso, si può dire che si tratta di un movimento uguale e contrario a quello che animò la giustizia costituzionale verso la metà degli anni '80, quando l'insistenza sulla concretezza costituì il correlato di una stagione che portò a far coincidere il diritto processuale costituzionale con l'analisi delle decisioni costituzionali di natura processuale, cioè di decisioni che non entrano nel merito della questione<sup>15</sup>. Laddove allora, quindi, la spinta verso la concretezza maturava in un periodo di ricercato *self restraint* dell'agire della Corte e anzi, secondo alcuni, con essa propriamente si identificava<sup>16</sup>, perseguendo l'obiettivo di una nuova stagione di cooperazione con i giudici, oggi il nascente “nuovo diritto processuale” sembra porsi in una direttrice opposta, nel senso che la flessibilità serve prevalentemente a finalità sostanziali, come è dimostrato

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

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

dalla rimozione di ostacoli al raggiungimento di un esito nel merito, dietro cui è sempre più difficile non vedere un'esigenza di autoaffermazione della Corte costituzionale, sia rispetto ai giudici che rispetto all'autorità politica, in termini di riaccentramento della sua funzione e di progressiva obbiettivazione dei suoi criteri di giudizio<sup>17</sup>.

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

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

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

Considerazioni mirate, anche tramite giudizi prossimi a considerazioni di *policy*<sup>19</sup>, a far valere tanto la giustizia *nel* sistema che la giustizia *del* sistema non sono peraltro infrequenti nella giurisprudenza più recente. Del resto, non può stupire che, a differenza di settori materiali dell'ordinamento dove gli interessi pubblici e quelli individuali si fronteggiano quasi istituzionalmente contrapponendosi, nel diritto costituzionale e nel giudizio di costituzionalità l'imperativo di giustizia può rivolgersi tanto alla tutela del caso individuale (come giustizia del caso singolo, *Einzelfallgerechtigkeit*), quanto alla salvaguardia di istanze oggettive espresse in principi/valori costituzionali<sup>20</sup>.

Questi casi sono stati ora sommariamente evocati, più che per trarre da essi delle premature conclusioni, per sottolineare in quali termini verrà intesa nel prosieguo l'appello alla giustizia come specifica "prestazione" resa, nel prisma della giurisprudenza processuale, dalla Corte costituzionale. Con essa si intende infatti l'appello ad argomenti e istanze collimanti ma non interamente coincidenti con principi costituzionali, ritenute tuttavia espressione di esigenze meritevoli di protezione perché implicate (sebbene non univocamente definite) dall'impianto costituzionale e in grado di determinare, il più delle volte, il superamento di un argine scritto alla possibilità che la Corte si pronunci con sentenza, entrando così nel merito della questione per giungere poi, nella maggioranza dei casi, a un esito di accoglimento<sup>21</sup>.

Altro elemento strutturale pare poi essere, in prospettiva più generale, la finalità propriamente *correttiva* del richiamo a un argomento di giustizia<sup>22</sup>, in quanto volta ad attenuare la rigidità delle regole processuali

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

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

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

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

e finalizzato a indurre un processo di riallineamento tra normalità e normatività costituzionale<sup>23</sup>.

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

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

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

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

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

Questo mi sembra si possa dire, per fare due esempi che rimandano a situazioni molto note, per l'accesso "ai limitati fini" di giudici *a quibus* che svolgono funzioni lontane dal figurino del giudizio contenzioso (dalla volontaria giurisdizione fino al vasto fronte dei giudizi di rendiconto e di parificazione affidati alla Corte dei conti), come anche per il fronte sul quale si è affermata storicamente l'esigenza di rimozione delle "zone franche" del giudizio di costituzionalità, vale a dire il sindacato sulle norme penali di favore. Nell'uno come nell'altro caso, infatti, l'estensione dei requisiti di accesso si svolge, per così dire, per "linee interne" ai requisiti caratterizzanti il giudizio incidentale. Ciò è avvenuto, dal primo tentativo di sistematizzazione dell'ingresso del giudizio di parificazione con la sent. n. 226 del 1976 fino agli ultimi svolgimenti relativi al controllo sui bilanci e sugli equilibri finanziari degli enti locali (sent. n. 18 del 2019), allorché la Corte ha ripetutamente insistito sul fatto che rispetto a considerazioni di natura sostanziale o sistematica fanno pur sempre premio valutazioni legate al tipo di giudizio, alla natura giurisdizionale dell'organo e all'attività di applicazione di norme di diritto<sup>24</sup>. Ma anche con riferimento al terreno per lungo tempo elettivo delle "zone franche", vale a dire il sindacato sulle norme penali di favore, si ricorderà come nella sentenza capostipite sull'argomento (n. 148 del 1983) il superamento della giurisprudenza più restrittiva in ordine alla sussistenza del requisito della rilevanza sia avvenuto grazie ad una combinazione tra la necessità di salvaguardare, in termini astratti, il principio di costituzionalità e l'attenzione prestata all'influenza, reale o potenziale, che la caducazione della norma in parola poteva avere "sul conseguente esercizio della funzione giurisdizionale" ad opera del giudice, perché l'accoglimento della questione era pur sempre idoneo a riflettersi "sullo schema argomentativo della sen-

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

tenza penale assolutoria, modificandone la *ratio decidendi* [...], pur fermi restando gli effetti pratici di essa”. Nella giurisprudenza più recente, pur non senza oscillazioni, un tale esito è ulteriormente confermato dalla circostanza che l’eventuale ostacolo all’ingresso delle relative *quaestiones* nel proprio giudizio derivante dagli effetti sistemici di una declaratoria di incostituzionalità di una norma penale favorevole (cioè la riespansione della normativa comune) è aggirato in ragione della spettanza di tale compito ai giudici comuni (a partire dal giudice *a quo*) e al legislatore, non invece alla Corte costituzionale medesima<sup>25</sup>.

In entrambi i casi, quindi, considerazioni di natura sostanziale (essenzialmente legate al canone dell’integrale assoggettamento del diritto legislativo al sindacato della Corte) risultano tendenzialmente recessive rispetto ai caratteri formali delle norme oggetto e dei parametri coinvolti, nonché alle specificità istituzionali connesse al ruolo del giudice *a quo*, in linea di continuità espansiva con i requisiti fondativi dell’incidentalità<sup>26</sup>.

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

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

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

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

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

altre nelle quali anche nel lontano passato la Corte si è cimentata con il problema del sindacato su leggi auto-applicative (ad es. le leggi provvedimento) nasce dal fatto che rispetto ad esse non può operare in funzione selettiva il filtro del giudizio di rilevanza. Tutto si può dire, infatti, di leggi ritenute immediatamente lesive di situazioni giuridiche soggettive, che quindi di per sé non abbisognano di provvedimenti ulteriori, esecutivi o applicativi, per produrre effetti, fuorché che “il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione di legittimità” (secondo quanto recita l’art. 23, co. 2, l. n. 87 del 1953). In casi del genere, in altre parole, il condizionamento del giudizio di costituzionalità sul giudizio di origine è massimo fino al punto da essere *in re ipsa*, sostanzialmente identificandosi con esso. È quindi non alla rilevanza che si deve guardare per valutare l’ammissibilità di situazioni del genere, ma alla pregiudizialità intesa come necessaria diversità di *petita* nei due giudizi: una previsione, quest’ultima, però non scritta, benché inerente alla logica di funzionamento del sistema e codificata da una giurisprudenza costituzionale consolidata per quanto non del tutto univoca<sup>27</sup>.

Ora, rispetto a situazioni del genere, cioè di *lites fictae* in senso tecnico-giuridico, la soluzione del problema intorno alla loro ammissibilità chiama in causa variabili diverse, che mettono in luce alcune costitutive ambiguità degli strumenti e degli istituti che presiedono alla fase di instaurazione del giudizio di costituzionalità. Come mi è sembrato di poter dire in altra sede<sup>28</sup>, infatti, l’ammissibilità di tali questioni può essere giustificata rimandando ad impostazioni anche opposte del meccanismo instaurativo, come quelle (effettivamente sostenute in passato) che in alternativa valorizzano la concretezza della domanda di tutela in quanto assistita da un interesse al ricorso effettivamente sussistente nel giudizio *a quo* (unitamente agli altri presupposti processuali: legittimazione, giurisdizione, competenza, ecc.)<sup>29</sup> ovvero fanno leva sull’esigenza massimamente obiettiva di garantire l’integrale sottoposizione del diritto le-

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

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

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



gislativo al sindacato della Corte, fino a costruire un “diritto soggettivo pubblico all’integrità costituzionale dell’ordinamento”<sup>30</sup>. Si potrebbe forse dire come, in controtuce, si riescano a prefigurare confusamente due diverse istanze di giustizia dietro alle tesi di chi propugna l’ammissibilità delle *lites fictae* come eccezione rispetto alla regola della pregiudizialità: la prima, che valorizza la sussistenza del diritto individuale come metro di un’azione di accertamento, presuppone con tutta evidenza una finalizzazione dell’apertura delle vie di accesso al perseguimento della giustizia individuale, laddove la seconda commisura la prestazione di giustizia al raggiungimento di un fine istituzionale della giustizia costituzionale, vale a dire l’integrale sottoposizione del diritto di rango legislativo al giudizio della Corte<sup>31</sup>.

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

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

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

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

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

Rispetto a tutto ciò, viene innanzi tutto da chiedersi come la Corte abbia inquadrato la situazione eccezionale che le veniva posta, la quale indubbiamente, proprio perché anomala rispetto alla configurazione acquisita di una questione realmente “incidentale”, portava al proprio interno una rivendicazione “di giustizia”, anche (e soprattutto) legata al protrarsi – soprattutto nel caso deciso dalla sentenza del 2014 – di una sempre meno giustificabile inerzia legislativa e alla apparentemente insormontabile difficoltà di contrastarla con gli strumenti giurisdizionali esistenti. La Corte prende in carico una situazione del genere sfoderando come visto tutti gli argomenti a propria disposizione, anche quelli più evidentemente contraddittori gli uni con gli altri<sup>32</sup>. Ma è altrettanto chiaro come, nel complesso della motivazione impiegata, a stagliarsi come vera e propria ragione giustificativa della possibilità della questione di accedere al merito è proprio l’appello alla teorica delle zone franche<sup>33</sup>, per di più fatta valere non come tale, ma piuttosto nel suo collegamento con una precisa finalità istituzionale consistente nel non lasciare scoperta dal sindacato non una qualsiasi area dell’ordinamento, ma quella collegata con primari interessi istituzionali assolti dalla legge elettorale politica<sup>34</sup>.

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

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

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

Quale conseguenze ricavare da questa vicenda giurisprudenziale ai nostri fini?

L'impressione è che la vicenda ora sommariamente riassunta presenti tratti specifici che la differenziano dalle altre vicende riguardanti l'allargamento dei requisiti di accesso, perché l'intreccio tra *fictio litis*, leggi autoapplicative e azioni di accertamento della violazione dei diritti fondamentali genera una configurazione che dal punto di vista del processo costituzionale si colloca sul confine estremo dei significati legittimamente ammissibili, se non apertamente al di là di essi. Si deve probabilmente ritenere che, in un caso del genere, a venire in gioco sia la questione intorno alla compatibilità di una situazione eccezionale (ancora più eccezionale di quelle tradizionalmente ammesse "ai limitati fini") con regole il cui rispetto richiedeva forse alla Corte costituzionale di costruire (questa volta sì) una finzione giuridica, di ritenere cioè ammissibile la questione *come se* quelle regole fossero state interamente rispettate, laddove in realtà è indubbio che l'elemento della diversità di *petita* era insussistente<sup>35</sup>, e quindi la nozione acquisita di pregiudizialità superata<sup>36</sup>. Il punto, con tutta evidenza, non è oggi capire come questo sarebbe potuto avvenire. È invece decisivo prendere atto che l'istanza di giustizia che si agita dietro la richiesta di dare ingresso nel giudizio di costituzionalità al sindacato sulle leggi elettorali progressivamente trascolora, nel filtro degli strumenti processuali, da un'esigenza che come tale promana dal corpo sociale (i "cittadini elettori ricorrenti" e la salvaguardia del diritto di voto) che si fa portatore di una funzione sostitutiva della mancata attivazione dei

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

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

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

soggetti pubblici<sup>37</sup> a una esigenza propria del sistema istituzionale il quale, per dirla in termini semplici, ha necessità che una legge elettorale vi sia, che sia ispirata a canoni di funzionalità e di non contraddittorietà e, soprattutto, che possa esservi un'autorità che si pronunci nel caso in cui il circuito politico-rappresentativo stesso si riveli a tal punto "inefficiente" da avvilupparsi in uno stallo istituzionale senza apparenti vie d'uscita<sup>38</sup>. In questa chiave, l'istanza di giustizia si traduce nella necessità che si forzino le maglie processuali, costruendo un'eccezione ad esse, perché venga garantita la capacità del sistema di dotarsi di uno strumento – come tradizionalmente avveniva per le *fictiones iuris* in diritto romano – capace di garantire l'adeguamento del sistema di regole codificate a una finalità non prevista, nuova, inedita<sup>39</sup>. Qui, però, la finalità non prevista non è l'azione di accertamento di diritti fondamentali e neanche, in fondo, la circostanza strutturale della diversità di *petita* (basterebbe richiamare, per averne consapevolezza, la giurisprudenza degli anni '50 sulle leggi provvedimento), ma la necessità di rimediare all'incapacità del legislatore di farsi carico di riformare la legge elettorale intesa come il cuore

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

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

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

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

La conferma di ciò può trarsi dalla giurisprudenza successiva, nella quale il requisito della zona franca finisce per assumere in taluni casi le sembianze di vera e propria scriminante per poter accedere, in assenza dei requisiti ordinari, al giudizio di costituzionalità, essendo ormai divenuti recessivi gli altri criteri, ed in particolare l'esigenza di accertamento di diritti individuali. È questo che si può ricavare, ad esempio, sulla giurisprudenza relativa al contenzioso elettorale per il Parlamento europeo, che già dalla sent. n. 110 del 2015 (e poi nelle ordd. n. 165 del 2016 e 63 del 2018, nonché, *a contrario*, nella sent. n. 239 del 2018) ha fatto valere la strutturale diversità di situazioni rispetto al contenzioso elettorale politico, facendone però derivare la dubbia conseguenza per cui, pur a parità di diritti fatti valere e in presenza di un'analogia violazione determinata dalla legge elettorale, la presenza di un apposito rimedio giurisdizionale (che c'è rispetto alle elezioni europee ma non in quelle politiche) determina in questo caso l'impossibilità di far valere con azione di accertamento preventivo l'illegittimità costituzionale<sup>40</sup>. A tal punto questa scissione

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

della teorica della zona franca dalla situazione soggettiva fatta valere e, così, la sua torsione “oggettiva” si sono andate consolidando, che nella sent. n. 196 del 2018, concernente la questione di costituzionalità di una legge di bilancio regionale sollevata dalla locale sezione della Corte dei conti in sede di parificazione del rendiconto generale, si osserva che l’esigenza di fugare zone d’ombra è divenuta oggi “tratto costitutivo del sistema di giustizia costituzionale” e quindi tale da “riflettersi sui criteri di valutazione dei requisiti di ammissibilità delle questioni”. La conseguenza imprevista, se ben si intende la portata di questa sentenza, è l’allargamento della portata operativa della zona franca a settori come quello dell’accesso al giudizio di costituzionalità “ai limitati fini” che ad esso avevano sinora fatto sì richiamo, ma in modo del tutto secondario rispetto alla continuità con le categorie del giudizio incidentale<sup>41</sup>.

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

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

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

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

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

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

costituzionalmente obbligata, bensì a un più lasco richiamo a “grandezze già rinvenibili nell’ordinamento” (sentt. nn. 148 del 2016 e 22 del 2007), che essa si premura comunque di circoscrivere perché riferite, in un caso del genere, a una disposizione contenuta nel medesimo articolo e rivolta a tutelare lo stesso bene giuridico<sup>42</sup>. Pare chiaro come, in questo caso, il contenuto “di giustizia” derivante dalla situazione dell’imputato nel giudizio *a quo* abbia una decisiva influenza nel senso di far emergere con maggiore chiarezza l’incostituzionalità della disciplina, trascinando con sé anche un’attenuazione del requisito delle rime obbligate, ora diluito (sebbene non per la prima volta) nel meno stringente affidamento a una continuità ordinamentale ricostruita dalla Corte stessa *a posteriori*, come momento cioè distinto dalle ragioni determinatrici dell’incostituzionalità.

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Da tutto ciò si può quindi ricavare la conclusione per cui le rime obbligate mantengono la loro funzione laddove la lacuna possa essere sin da subito colmata in presenza di una soluzione costituzionalmente necessitata, mentre la loro portata costringente può essere aggirata nel caso in cui: 1) si verta in materia di diritti fondamentali, 2) esista una soluzione che – sebbene non obbligata o logicamente necessitata – sia da ritenersi comunque adeguata o preferibile in ragione di una qualche continuità ordinamentale, nonché 3) il legislatore sia stato messo in condizione di intervenire mediante una previa pronuncia monitoria ma, ciò nonostante, sia rimasto inerte<sup>44</sup>.

Appare chiaro come la complessiva interazione tra questi fattori trovi un punto di sintesi nella vicenda Cappato: prefigurazione di un doppio pronunciamento costruito attraverso un'anomala ordinanza monitoria “ad incostituzionalità prospettata” (se non, addirittura, “anticipatrice di incostituzionalità”); lesione di diritti fondamentali (sempre in materia penale) con una notevolissima portata individualizzante della fattispecie oggetto di scrutinio<sup>45</sup> (peraltro sapientemente costruita in autonomia dalla Corte più che di per sé ricavabile dall'ordinanza di rimessione<sup>46</sup>); individuazione del contenuto additivo “ricavando dalle coordinate del sistema

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

<sup>44</sup> V. la sintesi di questo nuovo orientamento in M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC* 2/2019, 653, cui si rinvia per gli ulteriori, più ampi approfondimenti.

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

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

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

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

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

infine trasformarsi (e a stupire è proprio che ciò avvenga nella materia penale, ambito tradizionalmente associato nella giurisprudenza costituzionale a un mercato *self restraint*) in un *ostacolo* al pieno sindacato della Corte<sup>48</sup>, a tal punto bisognoso di essere trasceso che ad esso è addirittura finito per associarsi, come visto, lo stigma di una zona franca da superare.

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

Da un primo punto di vista, questo pare evidente almeno nel senso che, come si è visto, l'impiego delle nuove additive si è saldato in più di un'occasione con una marcato orientamento "individualizzante", sia nel momento in cui l'accertamento di un'intrinseca irragionevolezza ha abilitato la Corte a perseguire con maggiore libertà il disegno di integrazione dei contenuti omessi dal legislatore, sia quando (e le due ipotesi non si escludono) la Corte ha costruito la *quaestio* plasmandola (talvolta con una certa dose di "costruttivismo") sulle circostanze assai specifiche del caso concreto, quasi a "fotografare" nel dubbio di costituzionalità i contorni e gli attributi di una vicenda molto concreta<sup>49</sup> (non casualmente, diverse sentenze prima evocate hanno colpito automatismi legislativi).

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

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

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

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

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

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

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

dividendo con maggiore libertà quei contenuti aggiuntivi in grado di porre rimedio al *vulnus*. Non sorprende quindi, che a partire da ciò la Corte segua linee evolutive e faccia ricorso a strumenti che la rendono istituzionalmente più libera di commisurare le sue risposte a tali istanze di giustizia, con conseguenze però che hanno inevitabilmente ricadute anche sull'assetto del giudizio incidentale<sup>52</sup>, oltre che sul complessivo assetto dei poteri<sup>53</sup>. Se, come notava Zagrebelsky sin dalla prima edizione del suo manuale sulla giustizia costituzionale, “la funzione quasi-legislativa della Corte corrisponde ad una congiuntura istituzionale dai caratteri molto instabili, che potrebbe mutare facilmente”<sup>54</sup>, oggi si può dire che tale mutazione è avvenuta ma che è andata piuttosto nel senso di una più evidente autoaffermazione della Corte rispetto agli altri poteri anche grazie ad una saldatura ancora più marcata con la giurisdizione e al costo di un più rapporto sempre più flessibile con la discrezionalità del legislatore<sup>55</sup>.

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

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

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

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

<sup>54</sup> *La giustizia costituzionale*, Bologna 1977, 340.

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

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

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

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

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



nel giudizio in via principale<sup>56</sup>: a definire questi casi è la circostanza che la delimitazione della portata temporale è l'effetto di un bilanciamento che involge la salvaguardia del principio costituzionale violato e le ricadute derivanti da una retroattività piena, soprattutto con riferimento alla compromissione di esigenze di bilancio ricavabili dall'art. 81 Cost. Alla tipologia sub b) sembra invece si debbano riferire quei casi nei quali la limitazione (o, più spesso, l'eliminazione) della portata retroattiva non costituisce la conseguenza diretta di un bilanciamento con la ragione giustificativa dell'incostituzionalità, quanto piuttosto un'esigenza di sistema che matura in modo autonomo in ragione delle peculiarità del settore normativo di riferimento. Un esempio particolarmente chiaro di tale orientamento si ha nella recente sent. n. 180 del 2018, dove alla dichiarazione di incostituzionalità della norma che consente che l'indizione dello sciopero degli avvocati si ripercuota sulla salvaguardia della libertà personale dei detenuti in stato di custodia cautelare si associa la statuizione che “[r]estano fermi, per il passato, i provvedimenti di sospensione del termine di custodia cautelare stante il rinvio dell'attività processuale su richiesta del difensore ovvero a causa della sua mancata presentazione o partecipazione” (p. 24 *cons. in dir.*).<sup>57</sup> Alla terza ipotesi sub c) mi sembra si debbano infine ricondurre quelle ipotesi specialissime, come quella fatta propria dalla Corte nella sent. n. 1 del 2014, in cui è la saldatura tra natura dell'atto *sub iudice* e consistenza del vizio che rendono necessario per la Corte eliminare gli effetti *pro praeterito*, come in quel caso è avvenuto invocando il principio della continuità dell'ordinamento, ma come in passato è analogamente avvenuto quando la Corte decise di far salvi i decreti legge reiterati (nella sent. n. 360 del 1996) in virtù dell'efficacia sanante rappresentata dalla tempestiva conversione in legge.

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

<sup>56</sup> Sentt. nn. 155 del 2015, 188 del 2016, 218 del 2017.

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

costituzionali differenziate, talvolta esplicitamente ricondotte a specifici principi costituzionali (l'equilibrio di bilancio prima degli altri), talvolta affidate a principi di rilievo costituzionale come la certezza del diritto, la stabilità dei rapporti giuridici, la continuità dell'ordinamento, il principio dell'affidamento. Ad accomunare, ad un livello ulteriore, tutte queste varie ipotesi vi è in fondo la necessità di evitare, a seguito dell'accoglimento della questione, una *maggiore incostituzionalità*, come quella che si ricaverebbe da una piena retroattività in grado di pregiudicare altri principi costituzionali. Prescindendo ora dai caratteri di tale bilanciamento e, ancora prima, dalla questione se di bilanciamento effettivamente si tratta (e non, invece, di un'autoattribuzione di poteri più o meno giustificata), mi sembra significativo rilevare come il tratto comune appena evidenziato (la necessità di evitare la *maggiore incostituzionalità*) abbia al tempo stesso anche i caratteri di un classico argomento di giustizia, e che come tale meriti ora di essere indagato. Vi è sicuramente un aspetto legato ad un'argomentazione consequenzialista, come se qui la Corte si facesse carico di fare i conti con l'impatto realisticamente discendente dai propri pronunciamenti, così da temperare l'etica del principio (o dell'intenzione) associata alla dichiarazione di incostituzionalità con l'etica della responsabilità connessa alle ricadute più ampie dell'affermazione del principio<sup>58</sup>. Ma vi è anche un profilo ulteriore, per quanto connesso a quest'ultimo, per cui trascurare sempre e comunque un'esigenza del genere può voler dire togliere alla dimensione di giustizia entro cui si muove anche la Corte una funzione *correttiva* rispetto all'assolutezza dell'affermazione di un principio. Negare sempre tale possibilità vuol dire, come bene è stato detto, fare proprio il principio *fiat iustitia et pereat mundus*<sup>59</sup>.

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

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

<sup>58</sup> Così G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*. I, cit., 149.

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

sono tutti principi meta-individuali, istanze cioè che fanno valere beni-obiettivo riferibili a necessità oggettive del sistema normativo (certezza del diritto, stabilità dei rapporti giuridici, continuità dell'ordinamento) o istituzionale (equilibrio di bilancio), che pur ripercuotendosi attualmente o potenzialmente su profili individuali (ivi incluso il principio di cui all'art. 81 Cost. *sub specie* di diritti delle generazioni future), mostrano sicuramente un gradiente di sempre maggiore attinenza a profili propriamente istituzionali<sup>60</sup> (paradigmatico il caso della continuità dell'ordinamento di cui alla sent. n. 1 del 2014). In tutti questi casi, sembra anzi si possa ravvisare un'equazione tra certezza del diritto (costituzionale) come meta-principio che guida la Corte in casi del genere e istanze di giustizia: equazione che seppure talvolta incorre nel rischio di fare proprio un occulto antiformalismo<sup>61</sup>, pensando così di nascondere il volontarismo insito in circostanze del genere<sup>62</sup>, non giunge però a sopprimere del tutto il legame tra certezza del diritto e aspettative democratiche<sup>63</sup>.

Dall'altro lato vi è la circostanza per cui in molti dei casi prima menzionati (si pensi ai casi di incostituzionalità progressiva o ai casi anomali di cui alla lett. c) il bilanciamento cui pure la Corte fa esplicitamente o implicitamente ricorso sconta spesso un qualche *deficit* di razionalità, dimostrato dal fatto, ad esempio, che i valori da preservare a cui la Corte fa riferimento vengono solo intuiti e, di conseguenza, le operazioni di bilanciamento che conducono all'esito in parola sfuggono a rigide categorizzazioni<sup>64</sup>. In fondo, la vicenda conclusasi con la sent. n. 10 del 2015

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

<sup>61</sup> A. GIULIANI, *Le disposizioni sulla legge in generale*, cit., 180 ss.

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

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

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

mostra i suoi problemi più evidenti non tanto (o non solo) con riferimento al rivendicato potere di modulazione degli effetti temporali, ma alla natura del bilanciamento effettuato dalla Corte, in cui se da un lato convince la necessità di evitare l'ingiusto arricchimento di chi ha traslato sui contribuenti la maggiorazione d'imposta, dall'altro lato non risulta adeguatamente motivato il richiamo alle conseguenze che da ciò discenderebbero sul bilancio e di uno spostamento del relativo onere sulle fasce più deboli della popolazione<sup>65</sup>. Come anche, forse ancora prima, ad apparire criticabile è l'idea che ha avuto la Corte di bilanciare non due principi sostanziali censurando l'erroneo rapporto tra essi così come stabilito dal legislatore<sup>66</sup>, ma di impiegare come termine di bilanciamento la sua stessa sentenza e le conseguenze che, dismesso ogni collegamento con la ragione costitutiva dell'incostituzionalità, da essa sarebbero promanate<sup>67</sup>.

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

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

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

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

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

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

credo si possa in alcun modo convenire con l'eventualità che ciò si traduca in una sistematica ininfluenza dell'accoglimento quanto meno sul giudizio di origine, all'interno del quale è stata sollevata la *quaestio*<sup>68</sup>. A deporre in tal senso non sono unicamente ragioni attinenti all'esigenza di non frustrare il diritto di agire in giudizio ex art. 24 Cost. o, in aggiunta a questo, di salvaguardare il nesso di pregiudizialità sostanziale che non può non sussistere *almeno* con il giudizio di origine, quando la questione sia fondata<sup>69</sup>. Accanto a ciò si debbono riscontrare anche precisi profili di giustizia ancorati ai medesimi principi costituzionali ora evocati, che verrebbero sacrificati laddove il perseguimento un'istanza meta-individuale come la certezza del diritto o la salvaguardia degli equilibri di bilancio arrivi ad offuscare del tutto le ragioni individuali, fino ad eliderne ogni possibile valenza. Né vale, in contrario, ritenere che un'efficacia limitata al solo giudizio *a quo* si ponga in contrasto con il principio di uguaglianza, perché a parte quanto si dirà da presso sul problema degli effetti *erga omnes*, non si può non attribuire il dovuto rilievo al fatto che chi ha dato avvio al giudizio dal quale è promanata la questione di legittimità costituzionale non può trovarsi nella medesima condizione di chi, di quell'accoglimento, è solo il potenziale beneficiario. In questo senso, l'aspettativa di giustizia individuale appare qualificata dal fatto che chi ha agito in giudizio ed è riuscito a portare la sua domanda di giustizia alla Corte costituzionale e a vederla accolta è riuscito a saldare alla natura individuale della sua rivendicazione un qualcosa di più: quella domanda che fino a poco prima era solamente individuale si è fatta, nel prisma del giudizio incidentale, *exemplum* di un problema generale<sup>70</sup> e come tale merita di essere trattata e salvaguardata<sup>71</sup>.

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

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

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

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

Un secondo profilo di esame attiene poi a come quelle istanze di giustizia si collochino rispetto alle coordinate “normative” del giudizio. Sul punto, senza potermi dilungare, confesso di partire dalla premessa per cui la sistemazione teorica degli effetti temporali dell’incostituzionalità sconta un problema genetico, che deriva dal non interamente ricomponibile disallineamento tra le variabili normative rappresentate dall’art. 136 Cost. e dall’art. 30 l. n. 87 del 1953<sup>72</sup>. In particolare, a risultare indebolita, fino a correre il rischio di essere ritenuta non costituzionalmente obbligata, non è tanto la retroattività intesa come non applicazione della norma dichiarata incostituzionale nel giudizio *a quo*, quanto l’estensione della medesima conseguenza a tutti gli altri giudizi<sup>73</sup>. Ciò è al tempo stesso la causa e l’effetto di un problema più ampio, coincidente con la coesistenza forzata e mai interamente ricomposta tra due logiche dissonanti che presiedono alla disciplina degli effetti temporali delle sentenze della Corte, vale a dire quella che la iscrive nei termini di un diritto *intertemporale* (che di per sé configura la sentenza di annullamento come un atto sostanzialmente normativo, con tutto quel che ne discende in termini di retroattività più o meno liberamente modulabile) ovvero quella che ne fa elemento di un diritto *transitorio* (che invece ne appiattisce la valenza tutta e solo internamente alla giurisdizionalità, con la conseguenza che gli effetti della sentenza di accoglimento e i limiti alla retroattività – sentenza che accede ad un altro provvedimento giurisdizionale – sono demandati all’accertamento dei poteri del giudice)<sup>74</sup>. L’oscillazione tra questi due poli segna, in vario modo, tutta l’esperienza storica della giurisprudenza costituzionale: ma se nel lungo periodo, a determinare la velocità e la stessa direzione dell’oscillazione sono fattori legati al ruolo della Corte nel sistema e all’affermazione dei caratteri di fondo della normatività costituzionale, a coglierne le sfumature nel breve periodo possono contribuire considerazioni legate a come bilanciamenti assai poco razionalizzabili si fanno plasmare, guidare, da istanze legate ad aspettative di

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

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

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

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

giustizia, o meglio: a come quelle istanze superindividuali di cui prima si è dato conto riescono di volta in volta a contrapporsi, a offuscare o a incorporare le istanze legate al caso individuale e alle sue aspettative di giustizia<sup>75</sup>.

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

## 6. Quale "giustizia" costituzionale?

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

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

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

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

Si diceva all'inizio che all'idea di giustizia è da sempre connaturata anche una funzione correttiva, che nel processo costituzionale (come da sempre si è tradizionalmente ritenuto) equivale all'idea di un temperamento dell'assolutezza della regola per finalità di salvaguardia delle specificità di un caso. Così, per rifarci ai casi presi in esame nelle pagine precedenti, si potrebbe dire che invocare una *fictio litis* per giustificare l'ammissibilità di questioni prive del requisito della pregiudizialità serve a relativizzare l'assolutezza di una regola data per acquisita, sebbene non scritta (il requisito della diversità di *petita* nei due giudizi) così da consentire l'adeguamento del sistema di controllo delle leggi a una situazione imprevista, ma senza con ciò chiamare radicalmente in discussione la persistente validità e razionalità di quelle regole<sup>76</sup>. Allo stesso modo, l'espansione dell'uso delle sentenze manipolative nella giurisprudenza più recente deve essere associata alla necessità di contenere la portata coercitiva delle rime obbligate e, dietro di esse, del limite costituito dalla discrezionalità legislativa, così da creare le condizioni affinché un esito di inammissibilità (*sub specie* di inammissibilità accertata ma non dichiarata o di semplice monito) o tanto più una caducazione secca della norma da estendere in quanto incostituzionale non si traducano in un *summum ius* tale da recare con sé anche una *summa iniuria*. Dietro, infine, al variegato fronte delle pronunce che limitano o manipolano gli effetti nel tempo è sin troppo agevole individuare un'istanza di giustizia orientata in chiave variamente consequenzialista<sup>77</sup>, impiegata il più delle volte al fine di salvaguardare un bene/principio superindividuale rispetto all'assolutezza delle conseguenze che discenderebbero da un annullamento con portata interamente retroattiva (*fiat iustitia, pereat mundus*).

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

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

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



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

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

In tutti questi casi (ed, evidentemente, altri se ne potrebbero fare) la giustizia resa dalla giustizia costituzionale svolge sì una funzione correttiva, ma questa appare rivolta non tanto a garantire la flessibilità delle stesse opponendo a una loro originaria rigidità l'appello, in funzione di etero-integrazione, a istanze, appunto, di giustizia, nei termini di una maggiore adeguatezza della risposta alla salvaguardia di principi e valori costituzionali sostanziali<sup>78</sup>. Questi ultimi (e la multiforme istanza di

<sup>78</sup> Sulle variabili di questo rapporto e sul rischio (che riguarda ricostruzioni anche

giustizia che ad essi si associa) trovano espressione nella giurisprudenza della Corte nel senso che consentono a quest'ultima, nello svolgersi e nel mutare delle proprie pronunce, di operare ricostruzioni diverse di quelle variabili di cui prima si diceva, facendo prevalere alcuni significati piuttosto che altri, talvolta mantenendo questi ultimi all'interno dei significati propri dell'incidentalità, talvolta abusando di quella flessibilità e fuoriuscendo da quei significati<sup>79</sup>. Se questo quadro è plausibile, se ne potrebbe ricavare un'ipotesi ricostruttiva più generale, per cui l'appello a istanze di giustizia non serve a presidiare unicamente la concretezza del giudizio costituzionale in quanto opposta alla sua astrattezza (e, tanto meno, l'opposto), quanto a riallineare continuamente l'una all'altra, a garantire cioè che la salvaguardia dei contorni del caso sia resa compatibile col mantenimento delle esigenze di sistema ovvero che quest'ultimo non si realizzi irragionevolmente a spese del caso concreto. Si potrebbe quindi dire che la giustizia serve alla giustizia costituzionale tanto per raggiungere decisioni "giuste" (dal punto di vista del caso concreto), quanto a porre quella giustizia in una luce più ampia, quella che fa di quel caso un esempio ripetibile fino a diventare regola generale<sup>80</sup>, sino ad arrivare al punto persino di occasionalmente sacrificarla per il perseguimento di istanze di giustizia oggettiva<sup>81</sup>. Se quindi la giustizia del caso singolo (la ri-

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

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

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

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

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

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

Cogliere in questa chiave l'operato e il significato della giustizia resa dalla giustizia costituzionale non vuol dire però solamente qualificare le regole del processo costituzionale al di fuori di dicotomie forse troppo strette come quella tra procedura e processo<sup>83</sup>.

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

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

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

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

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

sformato la funzione dell'appello ad essa. Non è in dubbio come, nelle moderne società, essa abbia perso la capacità e la funzione di incarnare un perfezionismo situato al di fuori dell'ordine sociale o temporale e si sia piuttosto combinata e integrata con le premesse assiologiche incardinate nelle costituzioni e il suo accertamento sia stato demandato *in primis* al circuito istituzionale in un regime di separazione di poteri<sup>84</sup>. Se da un lato ciò non ha impedito che alcune funzioni tradizionali dell'appello alla giustizia venissero riabilitate attraverso le valenze universalistiche e cognitivistiche che si celano dietro il *moral reading of the Constitution*<sup>85</sup>, dall'altro lato la dissoluzione dell'idea di giustizia nelle società complesse ha spinto, in una direzione speculare, a risolvere quest'ultima nelle sole compatibilità interne al sistema normativo garantite dal raggiungimento di una "complessità adeguata del sistema diritto" rispetto alla complessità sociale<sup>86</sup>.

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

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

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

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

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

portata avanti dal singolo. Ma interroga anche, in una dimensione più profonda, le stesse condizioni di esercizio del potere della Corte costituzionale, soprattutto per come esse si adattano ad una normatività costituzionale che, chiamata costantemente e problematicamente a interagire con la realtà costituzionale (la *normalità* di cui parlava Heller<sup>88</sup>), non può che fatalmente restare aperta agli svolgimenti di essa e all'esperienza.

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

