



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2021 FASC. II

(ESTRATTO)

**ANDREA MATTEONI**

**LEGITTIMITÀ, TENUTA LOGICA E VALORI IN GIOCO NELLE  
“DECISIONI DI INCOSTITUZIONALITÀ PROSPETTATA”:  
VERSO UN GIUDIZIO COSTITUZIONALE DI OTTEMPERANZA?**

3 MAGGIO 2021

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

**Andrea Matteoni**

**Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza? \***

**ABSTRACT:** *The paper addresses the theme of procedural aspects of the “Cappato’s case” and it supports the thesis according to which the decisional technique used by the Italian Constitutional Court is essential to fully safeguard the principle of constitutional legality, similarly to what happens in the executive process in front of the administrative judge.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'[ordinanza n. 207 del 2018](#): l'insoddisfazione per lo schema della doppia pronuncia. – 3. Una nuova regola processuale? – 3.1. Le principali critiche formulate in dottrina e alcune possibili obiezioni. – 3.2. Il valore della legalità processuale e il c.d. bilanciamento “esterno”. – 3.2.1. Il delicato utilizzo del nuovo strumento processuale. – 3.3. Esigenze di regolamentazione e valore processuale dell'ordinanza. – 4. Un giudizio costituzionale di ottemperanza? – 4.1. Considerazioni descrittive e prescrittive dell'ottemperanza costituzionale. – 4.2. La discrezionalità legislativa come limite non insuperabile. Esigenze di chiarezza. – 4.2.1. La Corte costituzionale ci riprova? Brevi cenni sull'[ordinanza n. 132 del 2020](#). – 4.2.2. Il “non detto” delle [sentenze nn. 32 e 33 del 2021](#). – 5. Riflessioni conclusive.

1. *Premessa.*

Com'è ormai noto nella vicenda di Fabiano Antoniani, mediaticamente conosciuta come “caso Cappato”, la Corte costituzionale ha elaborato uno strumento processuale nuovo, che si è realizzato per mezzo dell'[ordinanza n. 207 del 2018](#) e della [sentenza n. 242 del 2019](#), grazie a cui la Corte costituzionale ha risolto la questione di legittimità costituzionale sollevata con riguardo all'art. 580 c.p. sull'aiuto al suicidio

Al di là dei molti aspetti di eccezionale interesse circa il merito della questione<sup>1</sup>, appare importante svolgere alcune considerazioni sulla tecnica decisoria adottata – anch'essa molto commentata peraltro – poiché potrebbe rappresentare la prima applicazione di uno strumento caratterizzante un nuovo paradigma della giustizia costituzionale italiana.

Del resto, la non unicità dell'impiego di questo strumento conforterebbe la possibilità di ravvisare in quest'operazione l'inizio di un percorso nuovo più che uno sviamento eccezionale dalle regole processuali.

Per tali ragioni, l'analisi dell'aspetto processuale – già in generale gravido di interrogativi – in questa sede si concentrerà precipuamente sulla legittimità dell'operazione processuale imbastita dalla Corte costituzionale, quindi, per estensione, sulla sua possibile ripetibilità e, conseguentemente, sul tema del delicato equilibrio fra potere giurisdizionale di garanzia

---

\* *Contributo scientifico sottoposto a referaggio.*

<sup>1</sup> Fra i vari commenti sugli aspetti sostanziali offerti in dottrina, v. G. CAMPANELLI, *La Corte costituzionale riconosce la tutela della dignità nella scelta di morire e sospende la discrezionalità del legislatore*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2020; S. CANESTRARI, *Una sentenza “inevitabilmente infelice”: la “riforma” dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale*, in *disCrimen*, 8 settembre 2020; C. CUPELLI, *Il parlamento decide di non decidere e la corte costituzionale risponde a se stessa*, in *Sistema Penale*, 12/2019; M. D'AMICO, *Il “fine vita” davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)*, in *Rivista AIC*, 1/2020; M. DONINI, *Libera nos a malo. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male*, in *Sistema Penale*, 10 febbraio 2020; C. MASCIOTTA, *La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni*, in questa *Rivista, Studi 2020/I*, 64; C. TRIPODINA, *La “circoscritta area” di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata*, in *Corti supreme e salute*, 2/2019; A. VALLINI, *Il fine vita come spazio libero dal diritto penale. Forum: Le dimensioni della normatività. A proposito delle recenti pronunce della Corte costituzionale sul suicidio medicalmente assistito*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1/2020; A. VALLINI, *Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito*, in *Diritto penale e processo*, 6/2019; P. VERONESI, *La Corte costituzionale “affina, frena e rilancia”: dubbi e conferme nella sentenza sul “caso Cappato”*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 1/2020.

costituzionale e potere legislativo. In particolare, si proverà a ragionare sulla funzione di sistema di questa *tecnica processuale* e sulla sua matrice, frutto di un difficile bilanciamento fra valori portanti del nostro ordinamento costituzionale.

## 2. L'ordinanza n. 207 del 2018: l'insoddisfazione per lo schema della doppia pronuncia.

La Corte costituzionale decide di affrontare il cosiddetto “caso Cappato” con un “approccio” (per ora da intendersi genericamente) inedito.

Essa adotta, infatti, un'ordinanza con una natura “ibrida”<sup>2</sup>, ossia avente, da un lato, la forma<sup>3</sup> di un'ordinanza interlocutoria, con dispositivo di mero rinvio d'udienza, ma dotata, dall'altro, di un contenuto e di una struttura della parte motiva tipici di una decisione definitiva (presentando, peraltro, anche la bipartizione fra “*Ritenuto in fatto*” e “*Considerato in diritto*”<sup>4</sup>). Così, solo successivamente, definirà il giudizio con sentenza (la n. 242 del 2019), la cui motivazione farà ampio richiamo alle argomentazioni espresse nella precedente ordinanza.

La Corte, invero, pur rinviando l'udienza di trattazione della causa di circa 11 mesi, affronta approfonditamente, anche *nel merito*, la questione: dichiara la mancanza di legittimazione ad intervenire delle associazioni private, ammette le parti al processo, risponde alle eccezioni di inammissibilità formulate dalla difesa erariale, tratta le argomentazioni spese tanto dal giudice *a quo* nell'ordinanza di remissione, quanto dalla parte privata e, infine, esplicitando la propria (diversa) impostazione argomentativa, dichiara sussistente un *vulnus* ai principi costituzionali.

Addentrando nell'analisi della motivazione dell'ordinanza n. 207 del 2018 si può agevolmente notare come risulti logico, o, forse, istintivo, suddividere idealmente la stessa in due parti. La prima, composta dal “*Ritenuto in fatto*” e dai paragrafi da 1 a 9 del “*Considerato in diritto*”, è tipica di una decisione di accoglimento nel merito, mentre la seconda, costituita dai paragrafi 10 e 11 del “*Considerato in diritto*”, è deputata a spiegare la vera intenzione della Corte e, dunque, a giustificare il *modus procedendi* così originale della medesima.

In quest'ultima parte la Corte, infatti, riconosce la sussistenza di ambiti di discrezionalità legislativa e segnala la severa opportunità di una regolamentazione ad opera del Parlamento di talune questioni delicate (come la procedura, preferibilmente medica, di accertamento del consenso dell'aspirante suicida, l'obiezione di coscienza, etc.).

Fino al caso *de quo*, in verità, come riconosce la stessa ordinanza, in situazioni nelle quali la Corte, pur riscontrando una lesione ai principi costituzionali, riconosceva spazi di discrezionalità legislativa, decideva di non accogliere subito la questione e, dichiarata l'inammissibilità (o più raramente il rigetto nel merito), adottava una pronuncia-monito.

Anche con questa consolidata tecnica processuale, dunque, pur concludendo con una reiezione quasi sempre processuale, la Corte formulava affermazioni di merito nella parte motiva che evidenziavano, più o meno schiettamente, la violazione della legalità costituzionale e, al contempo, avvertiva in varia misura il legislatore dell'impellente necessità di un suo intervento e, finanche, dell'intollerabilità di un'eventuale inerzia<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte Cost. ord. n. 207 del 2018)*, in questa *Rivista, Studi 2019/I*, 108. Di ordinanza “bifronte” parla C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2019, fasc. 6, 4.

<sup>3</sup> O meglio, solo il dispositivo, come si vedrà meglio nel prosieguo.

<sup>4</sup> Tratto caratteristico degli atti decisorii (*lato sensu* intesi), ossia segnatamente delle sentenze, ma anche delle ordinanze di inammissibilità (non già di quelle che dichiarano estinto il processo o quelle che dichiarano la manifesta inammissibilità né di quelle di manifesta infondatezza).

<sup>5</sup> Cfr. *ex multis* *sent. n. 23 del 2013*, Corte cost., par. 4 cons. in dir., nel quale si afferma che: «Nel dichiarare l'inammissibilità dell'odierna questione – dovuta al rispetto della priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario – questa Corte deve tuttavia affermare come non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia».

Stavolta, però, l'assenza di una soluzione a "rime obbligate"<sup>6</sup>, pur continuando ad impedire (per il momento) un pronunciamento nel merito, non determina la conclusione del processo costituzionale.

Evidentemente la Corte, nel "caso Cappato", ha reputato inefficace, insoddisfacente e, dunque, costituzionalmente inopportuna suddetta tecnica decisoria.

Le ragioni di questo giudizio negativo paiono essere sia di carattere generale, ossia afferenti alla sfera della legalità costituzionale *tout court*, sia di carattere particolare, relative alle esigenze di tutela dei diritti di sicuro rango costituzionale dei soggetti coinvolti nella vicenda concreta e dell'imputato del giudizio *a quo*.

Sul piano generale, il legislatore troppe volte è rimasto inerte e sordo di fronte ai moniti della Corte<sup>7</sup>, espressi anche in modo perentorio, pertanto è apparso più opportuno, agli occhi dei giudici della Consulta, rinforzare il monito con una data certa entro cui l'incostituzionalità sarebbe stata dichiarata. Adoperare lo schema classico della doppia pronuncia, difatti, avrebbe portato con sé l'inconveniente di affidare al caso il tempo e la latitudine con cui la questione si sarebbe, eventualmente, ripresentata allo scrutinio di legittimità costituzionale<sup>8</sup>.

In termini di esigenze particolari, invece, la Corte ha ritenuto, riferendosi alle conseguenze dell'impiego delle tradizionali sentenze-monito, che «[u]n simile effetto non può considerarsi consentito nel caso in esame, per le sue peculiari caratteristiche e per la rilevanza dei valori da esso coinvolti»<sup>9</sup>.

Per tali ragioni, la Corte costituzionale, facendo ampia leva sui propri poteri di gestione del processo, elabora un'originale tecnica di giudizio, la quale avrebbe il pregio di soddisfare equamente tutte le esigenze di sistema in gioco: la discrezionalità legislativa, in definitiva, riceve una garanzia del tutto analoga a quella riconosciuta con le sentenze-monito (sul punto v. §4), la legalità costituzionale verrà sicuramente ripristinata in tempi brevi e certi e, infine, la vicenda concreta non ne uscirà pregiudicata<sup>10</sup>, giacché la Corte, sospendendo il processo costituzionale, trattiene presso di sé la questione con il conseguente e automatico effetto di prolungare la sospensione del giudizio *a quo*<sup>11</sup>.

### 3. Una nuova regola processuale?

Questo *modus operandi*, costituito da un'ordinanza ibrida, *sui generis*, e da una successiva sentenza di accoglimento nell'ambito del medesimo giudizio, può essere qualificato come un

---

<sup>6</sup> V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhicupo, Bologna, 1978, 84.

<sup>7</sup> L'esempio recente maggiormente citato è certamente quella della [sent. n. 222 del 2018](#) della Corte costituzionale con la quale il Giudice delle leggi, preso atto che il suo precedente monito (espresso con la [sent. n. 134 del 2012](#)) era rimasto completamente inascoltato, è intervenuto per ripristinare la legalità costituzionale. Nel caso di specie si è trattato di modificare la cornice edittale della pena accessoria dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e dell'incapacità ad esercitare uffici direttivi nell'ambito di qualunque impresa; dunque, una materia, quella penale incriminatrice, ove vige ampia discrezionalità del legislatore.

Sulla tematica generale della tutela dei diritti di fronte all'inerzia legislativa, fra i vari, cfr. R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2015, soprattutto 11 ss.

<sup>8</sup> Non è da escludersi, infatti, l'ipotesi per cui taluni giudici comuni possano non condividere le argomentazioni della Corte contenute nella pronuncia-monito, quindi non sollevare questione di legittimità costituzionale, così avendo come risultato quello di una perdurante applicazione della disposizione accertata illegittima.

Per altro verso non è da escludersi nemmeno la problematica ipotesi per cui in tempi (troppo) poco successivi alla pronuncia-monito si abbia una nuova questione, senza che il legislatore abbia avuto concreta possibilità di intervenire.

<sup>9</sup> Così la Corte nell'[ordinanza n. 207 del 2018](#), par. 11 cons. in dir.

<sup>10</sup> Nei confronti della quale la Corte costituzionale, nel "caso Cappato", ha prestato moltissima attenzione e riguardo, anche in altri frangenti. Si pensi soltanto all'avvertita necessità di indicare una normativa *ad hoc* per le vicende pregresse.

<sup>11</sup> Salvi alcuni possibili rilievi, da valutarsi con attenta cautela, sull'eventuale frizione col principio di ragionevole durata del processo penale. Sul punto cfr. C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti"*, cit., 16.

inedito strumento processuale, il quale tende ad implementare l'armamentario tecnico-processuale nelle mani del Giudice di legittimità costituzionale.

La Consulta ha dato un chiarissimo segnale nel senso di voler inaugurare una nuova tipologia decisoria, la quale, dunque, assurgerebbe a nuova regola processuale<sup>12</sup>.

Ora, nonostante tale "proclama", restano – com'è evidente – legittimi spazi per poter ragionare su questa qualificazione data dai giudici di legittimità costituzionale. In tal senso, allora, è opportuno dar conto di almeno tre critiche sollevate in sede di primo commento.

### 3.1. *Le principali critiche formulate in dottrina e alcune possibili obiezioni.*

Taluno dei commentatori, in via generale, ha revocato in dubbio la qualificazione in termini di nuova regola processuale dello strumento in esame<sup>13</sup> recependo l'insegnamento di autorevolissima dottrina, la quale ha sempre proclamato l'importanza della distinzione fra uso e abuso del processo costituzionale<sup>14</sup>.

Pur essendo unanimemente condivisibile tale differenziazione, la critica merita un'ampia riflessione nel prosieguo<sup>15</sup>, rammentando, peraltro, come la Corte costituzionale dal canto suo abbia affermato – ancorché con una formulazione eccessivamente generica – che *questo* modo di operare è da considerarsi legittimo tutte le volte in cui emergano valori di primario rilievo<sup>16</sup>.

Si è poi sostenuto che questa condotta processuale collida con le prerogative del legislatore e, più in generale, della politica in quanto, quest'ultima, sarebbe caratterizzata da propri ritmi e propri tempi, oltre che, e qui vi è un dato fondamentale, da legittimi spazi di non decisione. Secondo questa tesi, specie in ambito etico-sensibili, contingentare i tempi<sup>17</sup> si tradurrebbe in una ultronea e illegittima pressione nei confronti del legislatore, il quale è il solo legittimo titolare del potere politico di decidere, coi suoi tempi – dunque pure ampi –, e anche di non decidere<sup>18</sup>.

Infine, una terza critica di ampia portata è stata mossa, da altra dottrina, con riguardo alla tenuta logica dell'operazione svolta dalla Consulta. Si sostiene, cioè, che la Corte costituzionale, con questa condotta processuale, entri in contraddizione con se stessa nel momento in cui nell'ottobre 2018 sospende il giudizio e "rimette" al legislatore la questione – in ragione dei molteplici e ampi spazi di discrezionalità –, mentre poi, nel settembre del 2019, constatata la perdurante inerzia del Parlamento, interviene proprio laddove vi è discrezionalità legislativa, ossia in ambiti rispetto ai quali la Corte si era reputata "incompetente" a decidere<sup>19</sup>.

---

<sup>12</sup> Ciò lo si deduce limpidamente dalla stessa [ordinanza n. 207 del 2018](#), par. 10 e 11, cons. in dir., oltre che dalla "[Relazione annuale dei lavori della Corte costituzionale nel 2018](#)" dell'allora Presidente G. Lattanzi, nella quale viene pure dato un *nomen* a tale nuova tipologia decisoria.

<sup>13</sup> E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, fasc. 3, 532 ss..

<sup>14</sup> Il riferimento va a A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Torino, 1996, 133. Così opinando, questa tesi, sostiene che non debba essere fraintesa quella che è una fuoriuscita abusiva dalla legalità processuale, magari anche comprensibile, *una tantum*, nel singolo caso di specie, con un nuovo ordine processuale. In altri termini, secondo questa dottrina, non qualsiasi deviazione dall'alveo della legalità processuale deve (o è opportuno far) assurgere a nuova regola processuale.

<sup>15</sup> Sul punto, v. anche e soprattutto il §3.2.

<sup>16</sup> V. Corte cost., [ordinanza n. 207 del 2018](#) (par. 11, cons. in dir.). Senonché, va osservato che questa circostanza, a ben riflettere, ricorre sempre, o quasi sempre, di fronte alla Corte quale organo di giustizia costituzionale. Tanto è vero che risulta, poi, non immediatamente comprensibile la ragione per cui la Consulta decida di non impiegare il medesimo strumento decisorio con riferimento a questioni in cui sicuramente emergono ulteriori diritti di primario, quali, ad esempio, quelli del minore (questioni affrontate, da ultimo, con [sentenze nn. 32 e 33 del 2021](#), su cui, più diffusamente, §4.2. e ss.).

<sup>17</sup> Soli 11 mesi contro i vari anni che intercorrono, solitamente, fra una pronuncia-monito e la sentenza di accoglimento in caso di inerzia legislativa.

<sup>18</sup> E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., 542-543.

<sup>19</sup> Vede una contraddizione in questa operazione A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte*

In altre parole, e in sintesi, si afferma che delle due l'una: o compete solo al legislatore intervenire in quella materia, e allora mai la Corte può surrogarlo in ciò, oppure il Giudice delle leggi può estendere il proprio sindacato sulla questione *de quo* e quindi perde di senso e giustificazione la messa in mora del Parlamento.

Queste ultime critiche meritano sicuramente alcune riflessioni.

A parere di chi scrive, questa tecnica decisoria appare il frutto di un bilanciamento fra valori costituzionali di supremo rilievo. Da un lato, vi è la discrezionalità legislativa, il cui rispetto è corollario del principio supremo di separazione (*rectius*, distribuzione) dei poteri. Dall'altro, v'è l'esigenza di conservazione (o ripristino) della legalità costituzionale, espressione principe dello Stato costituzionale di diritto<sup>20</sup>.

Conseguentemente, una volta riscontrati spazi di discrezionalità legislativa, è imposto alla Corte di dare quantomeno una *chance*, una possibilità, d'intervento al Parlamento, affinché l'autentico titolare di quel potere possa esprimersi. Quando, però, si è di fronte a «valori di primario rilievo»<sup>21</sup>, l'inerzia del legislatore non può impedire il ripristino della legalità costituzionale<sup>22</sup>.

Questa ultima conclusione non pare possa trovare obiezione assoluta sostenendo che la politica può legittimamente, specie in ambiti eticamente sensibili, decidere di non decidere<sup>23</sup>.

La violazione dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili della persona non dovrebbe dare spazio a legittime "non-scelte". La Corte, riscontrando il *vulnus* ai principi costituzionali, dice chiaramente al legislatore che esso *deve* decidere; quest'ultimo ha, cioè, un dovere costituzionale di assumere una decisione.

Allora, e il dato è di cruciale rilievo, la discrezionalità legislativa, in casi siffatti, attiene al *contenuto* della decisione, non più all'*an*. Non c'è più spazio di discrezionalità *sul* decidere: si deve comunque decidere, senza se e senza ma, pur potendo scegliere fra un più o meno ampio ventaglio di ipotesi<sup>24</sup>.

Partendo, da questa ultima conclusione, pare forse possibile ragionare anche sull'altra critica sollevata in dottrina, ossia quella inerente l'asserita contraddittorietà dell'operazione processuale della Corte.

Il frutto di quel bilanciamento dovrebbe far concludere che, in situazioni siffatte, *tertium datur*: la Corte costituzionale non può decidere nel 2018, ma può farlo, anzi deve farlo, nel 2019.

Non pare esserci alcuna contraddizione in ciò, in quanto il contemperamento fra i principi costituzionali non dovrebbe mai annientare l'uno a scapito dell'altro. Conseguentemente, in casi del

---

*cost. n. 242 del 2019*), in [Giustizia Insieme](#), 27 novembre 2019, 2, per il quale, appunto, o è vero che la Corte non poteva decidere nell'ottobre 2018, in ragione del rispetto della discrezionalità legislativa, e quindi non poteva decidere nel merito nemmeno nel settembre 2019, oppure la Corte è legittimata ad intervenire nell'ambito *sub iudice* e quindi avrebbe potuto decidere la questione già nel 2018.

<sup>20</sup> Il quale tende a trarsi dal principio di rigidità della Carta costituzionale, considerato in modo sostanzialmente unanime un principio supremo intangibile e irrinunciabile.

Come emerge, allora, si tratta di un bilanciamento molto delicato fra principi supremi, quali sono la distribuzione dei poteri e lo Stato costituzionale di diritto, ossia principi che innervano di sé tutto l'ordinamento costituzionale e il cui eventuale sovvertimento (nel loro contenuto essenziale) è da reputarsi chiaramente come inammissibile, anche da parte di una legge di revisione costituzionale, in quanto appartenenti «all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana» (così [Corte cost. sent. n. 1146 del 1988](#)).

<sup>21</sup> Così si esprime la Corte, salvo poi doversi interrogare sui confini più precisi di questa formulazione.

<sup>22</sup> Stante l'esigenza di garantire la preminenza della Costituzione, v. F. MODUGNO, *Corollari del principio di "legittimità costituzionale" e sentenze "sostitutive" della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1969, 91 ss

<sup>23</sup> Come, invece, è stato sostenuto da E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ordinanza n. 207/2018*, cit., 542-543.

<sup>24</sup> Mutuando una terminologia – forse in parte ondivaga – che ha avuto fortuna nell'ambito del giudizio costituzionale di ammissibilità referendaria, potrebbe parlarsi anche a tal riguardo di "legge costituzionalmente obbligatoria o necessaria", non già a contenuto necessario o vincolato, rispetto alla quale non vi è sostanzialmente spazio di discrezionalità politico-normativa. Sui contorni problematici di queste categorie cfr. S. PENASA *L'ondivaga categoria delle leggi "a contenuto costituzionalmente vincolato"*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 19 aprile 2005; I. MASSA PINTO, *Il limite delle leggi a contenuto costituzionalmente orientato nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo e il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali*, in *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, a cura di F. Modugno e G. Zagrebelsky, Torino, 2001, soprattutto 216 e ss.

genere, appare costituzionalmente dovuta l'astensione in prima battuta della Corte a favore del legislatore, così come, in caso d'inerzia di quest'ultimo, risulta costituzionalmente dovuto l'intervento della Consulta.

Solo così operando entrambi i principi costituzionali – discrezionalità legislativa, da una parte, e legalità costituzionale, dall'altra – vengono rispettati nel loro nucleo essenziale. Un intervento immediato della Corte tenderebbe a squilibrare il bilanciamento fra i valori in gioco<sup>25</sup>, entrando in frizione col principio di leale collaborazione fra i poteri dello Stato: anche a fronte di un abuso della discrezionalità legislativa (di carattere omissivo) la riserva di competenza legislativa continua a mantenere una sua rilevanza sulla bilancia del temperamento fra principi. Inoltre, poi, va rammentato sempre che il Parlamento ha strumenti tecnicamente migliori per intervenire, rispetto a quelli della Corte<sup>26</sup>.

In altri termini, sembra ammissibile una limitazione (di carattere temporale) di un principio supremo, quale quello di legalità costituzionale, al fine di salvaguardare la discrezionalità legislativa, cardine del principio supremo di separazione dei poteri; analogamente dovrebbe poter essere accettabile un restringimento delle garanzie della discrezionalità legislativa, cardine di un altro principio fondamentale che è quello della separazione dei poteri, nel momento in cui l'immobilismo del Parlamento comporta una violazione dei valori primari riconosciuti e salvaguardati dalla Costituzione.

Entrambi i principi in gioco non vengono annullati o pregiudicati irrimediabilmente nel loro nucleo essenziale: la legalità costituzionale deve patire l'attesa dell'intervento parlamentare<sup>27</sup>, non

---

<sup>25</sup> E ciò sarebbe corroborato anche da quanto avviene nel processo amministrativo: l'art. 34, comma 2, codice del processo amministrativo (c.p.a.) non consente al giudice di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati, ma gli artt. 134 e 112 ss. c.p.a. lo consentono certamente in caso di inerzia dell'Amministrazione. Sull'argomento cfr. §§ 4. e ss.

Più possibilista, ad ogni modo, anche per un intervento immediato parte della dottrina, fra cui v. C. SALAZAR, *Morire sì, non essere aggrediti dalla morte. Considerazioni sull'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2019, spec. 587-588, la quale, tuttavia, sostiene che consentire al legislatore di pronunciarsi per primo è in linea con un modello di azione «“collaborativo, non combattivo”», citando a sua volta C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (riflessioni a margine del «Caso Englaro»)*, in *Giur. Cost.*, 5/2008, 4080.

<sup>26</sup> Al di là dello strumento formale (legge da una parte, sentenza dall'altra), il legislatore può intervenire in modo più ampio rispetto a quanto non possa fare la Corte, vincolata dall'ordinanza di rimessione quanto al *thema decidendum*. Ad esempio, se il legislatore avesse adempiuto all'[ordinanza n. 207 del 2018](#) avrebbe ben potuto prevedere una normativa scriminante tanto in riferimento all'art. 580 c.p., quanto in riferimento all'art. 579 c.p. Sulla chiara preferenza dell'intervento legislativo, in luogo di quello giurisdizionale, v., per tutti, l'intervento di L. CHIEFFI, in L. CHIEFFI, F. D'AGOSTINO, M. LUCIANI, F. MANTOVANI, S. RODOTÀ, R. ROMBOLI, *Il Forum: Bioetica e Costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 315; L. D'AVACK, *Ordine giuridico e ordine tecnologico*, Torino 1998, 88.; C. TRIPODINA, *A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del "caso Englaro")*, in *Riv. dir. cost.*, 2008, 371-403, soprattutto 397 e ss., ove l'A., nel mettere ricostruire il dibattito fra coloro i quali sostengono il governo del legislatore e coloro i quali riconoscono la bontà del governo dei giudici, afferma che «la legge del parlamento, cioè, viene ritenuta lo strumento più idoneo per portare a soluzione, se non a pacificazione, quei conflitti che nelle società pluraliste inevitabilmente sorgono intorno al modo di regolare le questioni moralmente più controverse, a partire da quelle figlie dell'età della tecnica, che si caratterizzano per la rivendicazione di “nuovi diritti” in campi, come la bioetica, nei quali più spinta è la pressione dell'evoluzione tecnologica. La legge, infatti, è ritenuta l'unico strumento offerto dal diritto in grado di compiere, in modo generale e astratto, quelle scelte tragiche che la contemporaneità impone, grazie all'ampio dibattito pubblico che nelle aule del parlamento dà voce a tutti i rappresentanti dei cittadini — quelli che concorrono alla maggioranza di governo come quelli che sono rimasti minoranza —, facendo proceduralmente prevalere la scelta che intorno a sé raccolga la maggioranza dei consensi. La pubblicità del processo di formazione della scelta fa sì che chi l'ha compiuta sia politicamente responsabile di fronte ai suoi elettori».

<sup>27</sup> In questo senso è emblematico il velato invito della Corte costituzionale ([ord. n. 207 del 2018](#), par. 11 cons. in dir.) ai giudici comuni a porsi con attenzione il problema della compatibilità costituzionale della norma *sub iudice*, così da sollevare eventualmente questione di legittimità e non dare applicazione ad una norma che è già stata accertata in violazione dei precetti costituzionali. Poiché i giudici comuni sono ben consapevoli del loro ruolo di "portieri del giudizio di costituzionalità" e che, quindi, suddetto promemoria della Corte è del tutto superfluo, questo dato non può che essere letto come un ulteriore tentativo della Consulta di ridurre al minimo l'impatto del bilanciamento in esame sul principio dello Stato costituzionale di diritto.

altro, non l'arbitrio del legislatore, mentre il potere legislativo deve sopportare una precaria e transitoria invasione nel caso in cui non agisca tempestivamente. Precaria e transitoria poiché, una volta eventualmente intervenuta la Corte, il Parlamento potrà, se vorrà, "riappropriarsi" in qualunque momento del suo ruolo, legiferando.

Questo equilibrio, che vede contrapposto il principio di separazione dei poteri e il controllo giurisdizionale di legalità (*lato sensu* intesa), peraltro, pare ritrovarsi pure alla base di un istituto processuale inerente ad un altro ambito del diritto, ovvero alle fondamenta del giudizio di ottemperanza radicabile nel processo amministrativo.

Come si vedrà successivamente, l'innesto nell'ambito della discussione di questo argomento sistematico-analogico potrebbe essere utilizzato, *ad adiuvandum*, per sostenere la legittimità e l'opportunità dell'utilizzo della tecnica decisoria in esame, oltre che per farne derivare eventuali ricadute in termini di disciplina.

Infine, si può aggiungere che se quelle censure, così come sopra ricordate, imperniate sulla contraddittorietà della tecnica processuale, fossero fondate, allora quelle stesse andrebbero parimenti mosse al sistema delle pronunce-monito, poiché la Corte in entrambi i casi finisce per adottare decisioni in ambiti che precedentemente ha dichiarato rientrare sotto la sfera della discrezionalità legislativa<sup>28</sup>. A ben vedere, infatti, la questione oggettivo-astratta è la medesima – ed è già che conta per il processo costituzionale –, benché poi da un punto di vista oggettivo-concreto e formale risultino processi distinti<sup>29</sup>.

Per tali ragioni non sembrerebbe difettare di coerenza l'idea per cui, una volta accertato un *vulnus* ai principi costituzionali, il legislatore mantenga l'esclusiva competenza ad intervenire su quella materia, ma solo fino alla scadenza del termine dato dalla Corte. Trascorso inutilmente tale termine il Parlamento deve perdere la pretesa di esclusività nella titolarità del potere di decidere e, quindi, la Corte, in via sussidiaria e surrogatoria, in un'ottica di *extrema ratio* per il ripristino della legalità violata, può, o meglio deve, intervenire, assumendo pure scelte discrezionali<sup>30</sup>.

Questa prospettiva residuale di tale potere d'intervento la si può apprezzare anche nelle parole del Giudice delle leggi, il quale parla di «ruolo naturale di questa Corte»<sup>31</sup> in riferimento alla funzione di censura di scelte già compiute. E allora se quello è il compito *naturale*, l'utilizzo della tecnica decisoria in esame può essere considerato l'esercizio di un potere *eccezionale*, residuale, pienamente legittimo solo quando si è esperito (inutilmente) ogni tentativo di risoluzione alternativa.

È (solo) in questo senso e in questo momento che dovrebbe emergere la "politicalità" della Corte, la quale può essere, come meglio analizzato nel prosieguo, ricondotta senza contraddizione al

---

<sup>28</sup> Non si può certo affermare che nel sistema della doppia pronuncia, la Corte costituzionale, con la sentenza con la quale dà seguito al monito precedentemente formulato al legislatore, abbia cambiato orientamento, abbia cioè riquilibrato l'ambito di intervento come non coperto da discrezionalità legislativa. La Corte col sistema della doppia pronuncia non cambia idea, ma, come con la tecnica adottata nel "caso Cappato", riconosce prima al legislatore la possibilità di intervenire e successivamente, constatata l'inerzia di quest'ultimo, interviene.

<sup>29</sup> In questo senso si può affermare, infatti, che il giudizio di legittimità delle leggi, nonostante conosca e si arricchisca di un importante momento di concretezza nella fase iniziale della via incidentale, resta un giudizio oggettivo e astratto. Una volta giunti di fronte alla Corte il giudizio di costituzionalità è solo un giudizio astratto – come tendenzialmente dovrebbe essere il suo oggetto: la legge – e quindi anche nel caso delle doppie pronunce la questione (astratta) è la medesima, benché poi da un punto di vista soggettivo e concreto risultino processi distinti. Per questi motivi non pare insuperabile l'argomento secondo cui nel sistema tradizionale della doppia pronuncia – e non anche nel caso della tecnica decisoria in scrutinio – la coerenza argomentativa della Corte sarebbe salva in quanto si tratta di affermazioni inerenti due processi costituzionali distinti. Ecco che paiono superabili le differenze, in termini di rigorosità argomentativa, fra le logiche che sottendono a quella ormai tradizionale tipologia decisoria e quella qui in esame.

<sup>30</sup> A ben poco valendo, proprio in ragione del rango supremo dei principi in parola, le possibili argomentazioni contrarie deducibili dall'art. 28 della l. 11 marzo 1953, n. 87 che vieterebbe alla Corte di svolgere valutazioni politiche e di sindacare l'uso del potere discrezionale del legislatore.

<sup>31</sup> Così testualmente la Corte costituzionale nell'[ord. n. 207 del 2018](#), par. 10 cons. in dir., ma con terminologia sostanzialmente identica anche nell'[ord. n. 132 del 2020](#), par. 8 cons. in dir.



terreno della giurisdizione, allorché la Consulta agisca nel rispetto dei principi e dei vincoli che governano il suo ruolo. “Politicità”, quindi, nel solo senso di assunzione di scelte discrezionali<sup>32</sup>.

Ecco dunque che, essendo il bilanciamento già indicato necessario per non annientare i due già menzionati valori cardine dell’ordinamento, si può salutare con favore, o comunque con particolare interesse, l’operazione della Corte di forgiatura di questa nuova tecnica di giudizio, con conseguente elevazione della condotta processuale, adoperata nel “caso Cappato”, a vera e propria regola processuale.

Infine, merita precisarlo per amor di completezza, la Corte afferma di ispirarsi nell’elaborazione di questa tecnica processuale al principio di leale collaborazione con il Parlamento.

In tal senso è emblematico il passaggio della [sentenza n. 242 del 2019](#) in cui i giudici di legittimità costituzionale, prima di esplicitare il contenuto della loro decisione, mostrano di aver avuto attenzione ai lavori parlamentari, lasciando per certi versi intendere che se il legislatore si fosse seriamente attivato, benché in modo non pienamente tempestivo, la Corte costituzionale, affatto bramosa di decidere in sua vece, avrebbe rinviato ulteriormente nell’attesa dell’intervento legislativo<sup>33</sup>.

A ben vedere, però, la leale collaborazione col Parlamento era già adeguatamente perseguita dalla Corte con le sentenze-monito; allora, con un minimo di vena polemica, si può affermare che questo inedito strumento è, più che altro, volto a coartare la collaborazione di un Parlamento letargico, il quale, stavolta, è posto di fronte alle conseguenze che deriveranno, a data certa, dalla sua inerzia<sup>34</sup>.

### 3.2. Il valore della legalità processuale e il c.d. bilanciamento “esterno”.

Ciò che non rende la Corte esercente un controllo *politico* di costituzionalità è rappresentato dai suoi connotati tipici di un organo giurisdizionale, ossia da tutti quei tratti riconducibili sotto il concetto del valore della legalità processuale.

Pur non essendo questa la sede per approfondire il macro-tema della dicotomia tra “anima politica” e “anima giurisdizionale” della Corte costituzionale italiana, appare comunque necessario esprimere alcune brevi considerazioni anche su questo profilo, strettamente connesso a quanto finora esposto<sup>35</sup>.

Tralasciando gli estremi rappresentati dal ruolo di legislatore negativo di kelseniana memoria<sup>36</sup> e da quello di giudice severamente serrato dentro il formalismo dei limiti procedurali, resta irrisolta, e con una pleora di sfumate posizioni, la *vexata quaestio* della natura della Corte e, dunque, sulla sua collocazione nel “terreno di mezzo”.

Nonostante sia possibile riconoscere la presenza di entrambe le “anime”, ciò che imprime una fondamentale vena giurisdizionale alla Corte è rappresentato dal diritto processuale costituzionale, dalla presenza di una legalità processuale.

Come è stato espressamente evidenziato in dottrina «una disciplina del processo costituzionale, la quale riduca per quanto possibile la discrezionalità della Corte costituzionale, costituisce il più

---

<sup>32</sup> Le quali – è utile ricordarlo – non si impongono mai effettivamente al legislatore. Non si dimentichi, infatti, perché la precisazione non è di poco momento, che il legislatore è libero di legiferare anche successivamente all’intervento della Corte, scostandosi anche dalle determinazioni da questa assunte. Pertanto l’invasione da parte di quest’ultima della discrezionalità legislativa non può essere vista come una lesione di quel nucleo duro del principio di distribuzione dei poteri che mai può essere pregiudicato, nemmeno nell’ambito di un bilanciamento fra valori costituzionali di primordine.

<sup>33</sup> Cfr. [sent. n. 242 del 2019](#), par. 3 cons. in dir.

<sup>34</sup> Parla di un’operazione volta a “stanare” il legislatore recalcitrante, E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018*, cit., 537.

<sup>35</sup> Tema annoso e oggetto di ampio commento. Fra i molti v. C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, Bologna, 2016; *Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, a cura di R. Romboli, Torino, 2017.

<sup>36</sup> H. KELSEN, *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, 174.

solido connotato del carattere giurisdizionale delle sue funzioni»<sup>37</sup>, però, ciò non toglie (e non sembra contrastare, in assoluto, con) la necessaria flessibilità di suddette regole processuali. Cionondimeno va tenuto un atteggiamento cauto, giacché un giudice che dispone liberamente (*rectius*, arbitrariamente) delle regole del suo processo non sarebbe più giudice, ma potrebbe essere considerato legislatore. Allora vi sarebbe un fondamentale novero di regole imprescindibili, e dunque indisponibili anche da parte della Corte, pena tradire la sua fondamentale anima giurisdizionale. Si tratterebbe, dunque, di quelle regole che esprimono i principi secondo cui «[a]) non spetta alla Corte stabilire *se* decidere o meno, come [invece] può fare un organo politico; [b]) non spetta alla Corte decidere *su che cosa decidere*, perché il materiale delle sue decisioni proviene dall'esterno; [c]) non spetta alla Corte, se non entro limiti determinati, stabilire *quando* occuparsi di un determinato tema»<sup>38</sup>.

Fermi questi arresti imprescindibili per poter parlare di controllo *giurisdizionale* di legittimità costituzionale, la dottrina non ha mancato di evidenziare, in ragione del ruolo e della posizione della Corte all'interno del sistema costituzionale, come siano da qualificarsi in termini di elasticità le regole del processo di costituzionalità delle leggi<sup>39</sup>.

Fondamentale ed inevitabile sarebbe, infatti, l'opera ermeneutica della Corte stessa e, soprattutto, per il rilievo anche nel tema in esame, l'attività di ponderazione tra i principi<sup>40</sup>.

A questo punto è necessario interrogarsi sulla natura, sul tipo, di bilanciamento dal quale è nato (o che in esso trova giustificazione) il nuovo strumento processuale, ovvero le decisioni di incostituzionalità prospettata.

Emerge in tal senso la cruciale distinzione fra i cosiddetti bilanciamenti "esterni" e i bilanciamenti "interni"<sup>41</sup>. Solo i primi, infatti, garantirebbero la qualificazione in termini di diritto processuale delle regole che governano i giudizi innanzi alla Corte costituzionale. Questi sarebbero da tenere separati dai secondi in quanto i cosiddetti bilanciamenti "interni" non distinguono i piani del diritto sostanziale e del diritto processuale (coi relativi valori e principi), giungendo a un contemperamento, per così dire, promiscuo.

In altre parole, si ha un bilanciamento "interno" quando il principio di legalità processuale è messo, assieme ai principi e valori che emergono dalla situazione sostanziale, sulla bilancia dell'opera di ponderazione che la Corte svolge nei suoi giudizi di costituzionalità, ossia nell'operazione di conciliazione dei valori sostanziali emersi dalla vicenda concreta.

Al contrario, se vogliamo preservare dignità e autonomia concettuale al diritto processuale costituzionale, bisognerebbe ammettere solo i cosiddetti bilanciamenti "esterni". Le regole processuali, in un procedimento di carattere giurisdizionale, sono un qualcosa che viene prima, che precede il piano sostanziale, che è presupposto di validità del procedimento medesimo e della decisione finale che ne scaturisce<sup>42</sup>.

Sulla scorta di questo insegnamento pare possibile qualificare il bilanciamento precedentemente analizzato, e dal quale ha avuto origine la tecnica decisoria adottata per la prima volta nel "caso Cappato", in sicuri termini di bilanciamento "esterno", per una serie di rilevanti argomentazioni.

---

<sup>37</sup> A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, cit., 133.

<sup>38</sup> V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in AA. VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989*, Milano 1990, 305.

<sup>39</sup> S. PANUNZIO, *Qualche riflessione sulla elasticità delle regole procedurali nel processo costituzionale*, in AA. VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, cit., spec. 259-262; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, con specifico riferimento 16; con particolare riferimento alla normazione integrativa, cfr. anche V. ONIDA, *Intervento in "Considerazioni introduttive e sul valore delle norme integrative"* in *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione, a cura di G. Famiglietti, E. Malfatti, P. P. Sabatelli*, Torino, 2002, 287 ss. e relativi riferimenti.

<sup>40</sup> R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorosso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Il pendolo della Corte*, cit., 12.

<sup>41</sup> Sulla tematica v. R. ROMBOLI, *ult. op. cit.*

<sup>42</sup> R. ROMBOLI, *ult. op. cit.*, 12.

Come anticipato, emerge chiaramente come l'insoddisfazione per lo strumento delle tradizionali pronunce-monito derivasse in primissimo luogo da esigenze di carattere generale e, solo secondariamente, da esigenze di carattere particolare del caso concreto. Questa gerarchizzazione non risulta affatto arbitraria se si considera che la Corte ha, recentemente, proceduto a riutilizzare la tecnica decisoria in esame in un ambito nel quale si registra una minor o nulla carica etica e una tensione coi principi costituzionali di indubbio minor rilievo<sup>43</sup>.

Inoltre, e il dato è cruciale, come già ampiamente esplicitato, le esigenze di carattere generale erano tutte rivolte a principi e valori *lato sensu* processuali. I beni in gioco, nell'operazione di ponderazione in parola, non emergevano affatto dalla situazione concreta, la quale, al più, ha giocato un ruolo sull'attivazione dei giudici della Consulta, spingendoli ad un'operazione inedita, innovativa e, per certi versi, "forte". Non sembra essere, invece, entrata in gioco a livello giuridico: i valori presi in considerazione erano, infatti, la discrezionalità legislativa e la legalità costituzionale.

Il primo risulta un principio di natura processuale nell'ottica dell'operato della Corte e ciò appare evidente rammentando il tenore dell'art. 28 della L. 11 marzo 1953, n. 87<sup>44</sup>; il secondo – il quale *prima facie* potrebbe non parere di natura strettamente processuale, giacché guarda alla legalità sostanziale – nondimeno risulta annoverarsi fra i principi processuali, sempre nell'ottica dell'attività della Corte, proprio perché questo valore rappresenta la finalità del ruolo cui è deputato il Giudice delle leggi.

Invero, ogni giudice dovrebbe sempre tener presente la sua capacità di tutela, non solo di situazioni specifiche (allorquando si tratti di istituti processuali), ma di circostanze di carattere generale; ciò sarebbe imposto, per i giudici comuni, dal canone di effettività della tutela *ex art. 24 Cost.*

Quindi, giova evidenziare che la capacità della Corte di tutelare (ossia ripristinare) la legalità costituzionale, niente ha a che vedere con l'esigenza particolare di rispettare la volontà suicidaria di coloro che si trovano in determinate condizioni. Non si è derogato, infatti, al principio processuale che impone il rispetto della discrezionalità legislativa in nome della tutela dei diritti fondamentali della persona emersi nella vicenda Antoniani-Cappato.

La Corte costituzionale, merita ribadirlo, in quella sede si è preoccupata, in primo luogo, della idoneità dei suoi pronunciamenti di raggiungere lo scopo che la Costituzione le assegna: la tutela della legalità costituzionale e, segnatamente, dei diritti fondamentali della persona<sup>45</sup>.

Con altre parole può dirsi che la discrezionalità legislativa non è stata sacrificata sull'altare di un preminente diritto della persona, ma la sua eccessiva valorizzazione e assolutizzazione finiva per rendere inefficaci gli strumenti di tutela della Corte come garante giurisdizionale della Costituzione.

Pertanto, le considerazioni espresse in questo passaggio possono corroborare quell'idea per cui non di *abuso* del processo costituzionale si tratterebbe, ma, al contrario, di legittimo uso.

Non si è di fronte, difatti, ad una disapplicazione delle regole del processo, o ad un piegamento delle stesse, in nome di primarie esigenze di tutela di valori sostanziali, come il diritto alla vita, il

---

<sup>43</sup> Si tratta, infatti, della proporzionalità-ragionevolezza, oltre che del rispetto di una certa giurisprudenza convenzionale, della previsione della pena detentiva come regime sanzionatorio della diffamazione a mezzo stampa; ma la Corte, benché indichi anche altre soluzioni, non esclude affatto la legittimità costituzionale della scelta di incriminazione della condotta, la quale, però, meriterebbe almeno una risposta meno afflittiva, mediante la comminazione della pena pecuniaria. Sul punto si veda il §5. a proposito dell'[ord. n. 132 del 2020](#).

<sup>44</sup> Tant'è vero che, a rigore, la Corte avrebbe potuto anche sollevare innanzi a se stessa una questione incidentale proprio sulla disposizione in parola, così da manipolarne il testo ed introdurre questa sorta di eccezione residuale.

<sup>45</sup> In ciò questa operazione non è diversa, *mutatis mutandis*, da quella con cui vari giudici hanno sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento all'assenza o all'inefficacia della tutela cautelare (*ex multis* [Corte cost. sent. n. 190 del 1985](#)). Sulla valenza di un principio inespresso in base al quale «la Corte deve poter valutare le esigenze di efficienza del suo processo e soprattutto l'"impatto ambientale" delle sue decisioni e, in rapporto a quella sua (purché ragionevole) valutazione, deve poter piegare e sacrificare in qualche caso la "logica" di quegli altri principi», si è già espressa risalente dottrina (cfr. G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in AA. VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, cit., 221 ss.).

diritto alla salute, la libertà di autodeterminazione, la libertà personale, etc.<sup>46</sup>. All'opposto, si è davanti ad un utilizzo, certamente marcato, dei poteri di gestione del processo, in quell'ottica di necessaria flessibilità delle regole, che è stata determinata dalla presa di coscienza della inidoneità delle pronunce monitorie (e quindi dell'incapacità della Consulta stessa) di assolvere al compito affidato alla Corte dalla Costituzione, ovvero garantire il rispetto della Carta fondamentale, a causa della "sleale" mancanza di collaborazione da parte del Parlamento.

### 3.2.1. *Il delicato utilizzo del nuovo strumento processuale.*

Il vero problema di questa nuova tecnica decisoria, però, sembra essere un altro. Ammesso che lo strumento sia stato concepito in un terreno giurisdizionale – dunque senza negare la valenza strettamente giuridica delle regole del processo<sup>47</sup> – rimane la circostanza in base alla quale grazie allo stesso la Corte finisce per assumere, se del caso, una decisione finale che non è dettata direttamente dalla Costituzione, ma che, quindi, è di natura discrezionale, ovvero sia *lato sensu* politica.

Questo, che ben può apparire come un'indebita invasione di campo, potrebbe far concludere nel senso di un nuovo ruolo politico in capo alla Corte. Ebbene, come già messo in evidenza, non appare pienamente condivisibile questa opinione.

È evidente che il dato di partenza sia la presa d'atto che la Corte costituzionale si trova a condurre un processo il cui oggetto è l'atto politico per eccellenza e il cui parametro di legittimità è rappresentato da un altro (seppur diverso e *sui generis*) atto politico, o comunque intriso di politica<sup>48</sup>.

Tanto premesso, ne deriva che non potrà che risultare complessa l'opera di separazione fra politica e giurisdizione; ed è in tale complessità che risiede la ragione dell'importanza di prendere sul serio le regole processuali che governano i giudizi innanzi alla Corte (dai presupposti processuali, all'obbligo di motivazione, al principio del chiesto e pronunciato, etc.). Allora varie sono le ricostruzioni offerte in dottrina volte a meglio chiarire i punti di contatto e i confini fra politica e giurisdizione, tra le quali può essere ricordata l'indicazione della Corte come soggetto "in(m)-politico"<sup>49</sup>.

Con tale espressione si intende evidenziare come sia al contempo politico, in quanto svolge operazioni rivolte a produrre convivenza sociale, e "impolitico" in quanto estraneo alla competizione faziosa delle parti<sup>50</sup>.

È ben vero, poi, che la Corte dovrebbe operare sul piano del *pactum societatis* solo quando non vi è uno spazio di legittima scelta in capo al legislatore, ma, come già sostenuto, di fondamentale rilievo deve essere quella distinzione fra discrezionalità sull'*an* della decisione e discrezionalità nell'ambito del ventaglio di opzioni perseguibili a livello di contenuto della decisione.

Allora il diverso livello di vincolo che la Corte si trova davanti deriva da quel bilanciamento, più volte richiamato. Così fintanto che permane spazio per "decidere di non decidere", la Corte non può

---

<sup>46</sup> Deve cogliersi la differenza con quelle decisioni, come quella assunta dalla Corte con la [sent. n. 10 del 2015](#) sulla c.d. *Robin tax*, che, mescolando i piani del diritto processuale e del diritto sostanziale, derogano alle regole del processo degradando il diritto processuale a una sorta di *soft law*, di linee guida. In quella sede il principio processuale di annullamento *ex tunc* della norma dichiarata costituzionalmente illegittima venne derogato in nome degli interessi di stabilità finanziaria dello Stato, ossia un valore direttamente (e prepotentemente) emergente nella vicenda concreta e che evidentemente non ha alcun valore processuale per la Corte. Sul punto v. R. ROMBOLI, *L' "obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in [Forum Quaderni Costituzionali](#), 4/2015, 13.

<sup>47</sup> V. *contra* A. RUGGERI, *Rapporti interordinamentali e rapporti istituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in [Freedom, Security & Justice. European Legal Studies](#), fasc. 2/2019, 54.

<sup>48</sup> Giacché «la Costituzione ha e non potrebbe non avere per contenuto la materia politica», così testualmente F. PIERANDREI, *L'interpretazione della Costituzione* (1952), in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1965, 158.

<sup>49</sup> G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, 2005, 35.

<sup>50</sup> R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, cit., 8.

assumere scelte discrezionali di contenuto e questo è un limite invalicabile; mentre, quando quello spazio non esiste più, la Corte può e deve intervenire, nei limiti del suo ruolo, quindi sempre in ottica residuale di *extrema ratio* e, comunque, in modo non definitivo e non impeditivo dell'eventuale e futuro intervento del Parlamento, il quale ben potrà poi assumere scelte differenti.

Questo distinguo e questo contemperamento fra principi si ritrovano, *mutatis mutandis*, alla base di un istituto, che merita un'analisi a sé stante, di sicura natura giurisdizionale come quello del giudizio amministrativo di ottemperanza<sup>51</sup>. Per tale ragione può sostenersi che quell'idea di espansione dell'anima politica della Corte potrebbe essere fortemente ridimensionata.

Giova porre in evidenza, infine, come tutti gli argomenti suesposti in apologia dell'anima giurisdizionale della Corte, non sono (né cercano di essere) idonei a negare la politicità (come sinonimo di discrezionalità politica) della decisione, a livello di contenuto della stessa, assunta con le pronunce del 2018-2019 in merito alla vicenda Antoniani-Cappato.

In tal senso non si può far altro che riconoscere ed ammettere l'esistenza di un accentuato tratto di politicità nella decisione di decriminalizzare solo quelle condotte che seguissero una certa procedura (soltanto basata sulla legge n. 219 del 2017). Ma, come già affermato e come si vedrà trattando dei profili di analogia col giudizio di ottemperanza, ciò non è sufficiente a tirare oltre modo la Corte nel terreno della politicità, dovendo permanere, invece, la prevalenza dell'anima giurisdizionale.

Problemi ulteriori, tuttavia, emergono da quella parte più creativa del deciso della [sentenza n. 242 del 2019](#), dove la Corte mostra di spingersi molto al di là del minimo di scelta discrezionale necessario al ripristino della legalità costituzionale<sup>52</sup>. Nell'ambito di scelte politiche, ancorché necessitate dalla garanzia della legalità costituzionale e che non smentiscono l'anima giurisdizionale della Corte, i giudici della Consulta dovrebbero motivare adeguatamente le proprie scelte, per evitare il rischio di essere identificati come veri e propri legislatori.

In estrema sintesi e in via conclusiva sul punto, la Corte, nell'elaborare (non, forse, nell'utilizzare nel caso concreto) questa nuova tecnica decisoria, non si è fatta legislatore. Si tratterebbe, infatti, di una tecnica legittima da far assurgere a nuova regola processuale, in quanto frutto di quel doveroso bilanciamento fra principi generali *lato sensu* processuali.

### 3.3. Esigenze di regolamentazione e valore processuale dell'ordinanza.

---

<sup>51</sup> Della questione, in generale, dell'esecuzione delle decisioni della Corte costituzionale si è recentemente occupato P. PASSAGLIA, *Le régime de l'exécution des décisions. Une faiblesse (apparente) de la Cour constitutionnelle italienne*, in [Jus Politicum](#), 22, in cui l'A., peraltro, evidenzia come la dottrina italiana poco si sia occupata della materia, richiamando gli unici contributi presenti in letteratura (F. PIERANDREI, *Le decisioni degli organi della "giustizia costituzionale". Natura, efficacia, esecuzione*, in *Scritti giuridici in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, II, Padova, 1957, p. 243 ss.; C. MAINARDIS, *Sull'"esecuzione" delle sentenze della Corte costituzionale (per mezzo del potere sostitutivo)*, in *Le Regioni*, 2012, 1091 ss.; G. NAGLIERI, *Poteri esecutivi nella giurisdizione costituzionale tra garanzia dello stato di diritto e garanzia dei diritti*, in [Cammino Diritto](#), 7/2018; e in una prospettiva comparata E. STRADELLA, *Il problema dell'esecuzione delle decisioni costituzionali e il caso spagnolo*, in [Federalismi.it](#), 3/2018).

<sup>52</sup> Un primo esempio in tal senso si rinviene nella determinazione di richiedere il previo parere dei comitati etici territorialmente competenti, ai fini della legittimità della scelta suicidaria di coloro che soddisfano le quattro condizioni tracciate dalla Corte; stessa conclusione meritano le possibili "forzature" che la Corte compie al fine di riconoscere indirettamente l'obiezione di coscienza: prima sostiene che la scelta suicidaria, ossequiosa dei tracciati parametri di legittimità, rientra fra le varie scelte terapeutiche *ex art.* 32 Cost. percorribili nella relazione di cura (dunque qualificando l'aiuto medico al suicidio come trattamento sanitario), salvo poi affermare che nessun obbligo sussiste in capo al medico circa le operazioni di assistenza medica all'esecuzione di quella scelta. In altri termini, la Corte traccia un diritto non pretendibile, con l'effetto di produrre un'insuperabile contraddizione. Sull'argomento cfr., fra gli altri, C. MASCIOTTA, [La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirompenti implicazioni](#), cit. 71; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 3

Come precedentemente anticipato, in dottrina sono emerse perplessità sulla congruità del termine per decidere imposto al Parlamento<sup>53</sup>. Tali dubbi, però, più che essere utilizzati per criticare la legittimità, e l'elevazione a regola, di quella condotta processuale, dovrebbero più correttamente rivolgersi verso l'affermazione di un'esigenza di regolamentazione di tale tecnica di giudizio.

Ad intervenire, al fine di stabilire le modalità di utilizzo di questo nuovo strumento di giudizio, segnatamente in punto di termini temporali per adempiere al dovere d'intervento, potrebbe essere tanto il Parlamento tanto la Corte costituzionale, a livello di norme integrative.

A ben vedere, infatti, stando alla legalità processuale formale, la Corte ha semplicemente rinviato l'udienza di trattazione della causa e ciò non è impedito da nessuna norma processuale, al momento.

Potrebbe apparire, forse, più opportuno un intervento legislativo<sup>54</sup>, giacché si tratta di contemperare le necessità di tempo del Parlamento (e dunque della politica) con l'esigenza di un celere ripristino della legalità costituzionale così da ottenere quanto prima un effetto eliminatorio del vizio di costituzionalità *erga omnes* e, al contempo, eventualmente, non ledere il principio di ragionevole durata del processo ai danni delle parti del giudizio *a quo*<sup>55</sup>.

Questo bilanciamento, al pari di tutti gli altri, sarà poi sottoponibile, se del caso, ad uno scrutinio di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale.

In tale occasione, è evidente, il legislatore, magari costituzionale, potrà anche scegliere una strada diversa e già battuta da altri ordinamenti, riconoscendo espressamente la possibilità per la Corte di sospendere gli effetti della sentenza di incostituzionalità<sup>56</sup>.

Non molto dissimili sono, a ben guardare, le due tipologie di decisione, in quanto, anche con la tecnica processuale sperimentata in altri sistemi, a fronte di una violazione dei dettami costituzionali, l'organo di giustizia costituzionale adotta una sentenza che produce un vuoto di tutela per alcune posizioni giuridiche o fa sorgere comunque una pressante necessità di un intervento regolatorio.

Per evitare effetti pregiudizievoli, in tali casi, l'organo di giustizia costituzionale sospende gli effetti della sua decisione per un dato periodo di tempo così da dare al legislatore la possibilità di intervenire ed evitare il vuoto legislativo. Così operando, inoltre e specularmente, il Giudice delle leggi non finisce per usurpare il ruolo del Parlamento.

Pertanto, anche con questo differente strumento decisorio, il giudice di legittimità costituzionale svolge il proprio sindacato appena il caso giunge di fronte ad esso – e conseguentemente adotta la propria decisione –, mentre poi, solo successivamente, si potrà registrare la produzione degli effetti della decisione medesima.

Non diversamente la Corte costituzionale, con questa nuova tecnica di giudizio, tratta subito la questione, sia in udienza pubblica, sia in camera di consiglio, tanto che i relativi esiti si trovano già condensati nell'ordinanza che rinvia l'udienza.

Con tale pronunciamento, giova ribadirlo, la Corte entra nel merito di tutti gli aspetti logico-giuridici che la portano a constatare la sussistenza di un vizio di legittimità costituzionale. Pertanto, è fuor di dubbio che non vi sia affatto la necessità di trattare nuovamente la causa: il rinvio d'udienza, è evidente, costituisce un mero espediente per posticipare gli effetti di una decisione già assunta – quantomeno in un suo nocciolo principale – ed esplicitata.

---

<sup>53</sup> E. GROSSO, *ult. op. cit.*, 543.

<sup>54</sup> Condivisibili appaio sempre le remore verso la fuoriuscita dalla legalità processuale da parte della Corte. Se la Corte costituzionale è e deve essere un giudice, bisognerebbe salutare positivamente una regolamentazione dei suoi strumenti processuali, soprattutto da parte del legislatore.

<sup>55</sup> Sull'eventuale frizione col principio di ragionevole durata del processo penale v. C. MASCIOTTA, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 6/2019, 16.

<sup>56</sup> Sulle orme della rosa di decisioni che può adottare, ad esempio, la Corte Suprema del Canada, la quale, in un sistema giuridico sostanzialmente afferente al modello del *common law*, si è attribuita il potere di sospendere gli effetti delle sue decisioni (per la prima volta con la sentenza del 1985 sul caso *Reference Re Manitoba Language Rights*), potere poi speso anche nel caso *Carter*, sempre in tema di suicidio assistito.

Sul problema della fonte regolatrice si pongono, come anticipato poc'anzi, tre diverse opzioni: la regolamentazione integrativa ad opera della stessa Corte, la legge ordinaria e la legge costituzionale.

Parrebbe preferibile la normativa ordinaria in forza di almeno due argomenti. Il primo luogo, le tipologie decisorie non sembrano rientrare nella riserva di legge costituzionale stabilita a *numerus clausus* (sebbene in modo non strettamente tassativo) dall'art. 137, comma 1, Cost.; dunque ricadrebbero nella riserva di legge ordinaria prevista dal comma 2, la quale assume carattere residuale. In secondo luogo, le norme integrative non sembrano essere idonee a soddisfare quelle esigenze di etero-confinamento dell'attività espansiva della Corte surricordate<sup>57</sup>.

Pertanto, sebbene la Corte possa comunque sollevare in via incidentale davanti a sé una questione sulla legge ordinaria eventualmente approvata dal Parlamento, la stessa, per svincolarsi da quelle regole, dovrebbe sempre seguire le cadenze di un organo giurisdizionale (*in primis* la necessità di trovare un parametro di legittimità e di motivare adeguatamente in punto di vizio di costituzionalità), circostanza, questa, non richiesta per le modifiche alle norme integrative<sup>58</sup>.

Ora, un'ordinanza che sospende il giudizio e che rinvia, di fatto, la questione al legislatore, non ha un formale valore di giudicato<sup>59</sup>, ma ha un eccezionale valore di precedente, il quale risulta, a parere di chi scrive, fortemente vincolante rispetto alla decisione finale da adottare con sentenza.

Si potrebbe sostenere, infatti, che si tratti di un accertamento solo formalmente superabile<sup>60</sup>.

I precedenti, ovviamente, possono sempre essere disattesi dalla Corte, ma le argomentazioni per far ciò dovranno essere tanto più forti tanto più recente e approfondito è il precedente. Allora, pare decisamente irrealistico che i giudici della Consulta modificchino il loro orientamento dopo l'adozione di un'ordinanza nella cui motivazione si afferma accertata la violazione della Costituzione da parte della norma impugnata.

Il precedente, infatti, è sostanzialmente contestuale e, per di più, riferito al medesimo processo. Dunque, anche nel caso in cui, nelle more della sospensione del processo, vi fosse la decadenza di alcuni componenti del collegio della Consulta tale per cui la precedente maggioranza venga meno, oppure in simile circostanza si verificasse l'ipotesi di assenza di alcuni giudici alla seconda votazione, appare improbabile un *overruling*.

---

<sup>57</sup> A. PUGIOTTO, *Le nuove Norme integrative della Corte costituzionale allo stato nascente*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, 428-429, ricorda come «medesima, infatti, è la maggioranza richiesta per approvare sia una pronuncia costituzionale che una Norma integrativa. Le sentenze della Corte costituzionale non sono impugnabili (art. 137, comma 3, Cost.) come non lo sono le sue Norme integrative (cfr. [ordd. nn. 572/1990](#), [295/2006](#), [185/2014](#))»; l'unico dato differenziale sta nella vincolatività delle norme integrative, le quali, però, possono essere modificate quando necessario (Corte cost. [ord. n. 295 del 2006](#)). Tale vincolatività, quindi, non sembra appagare quelle esigenze di equilibrio fra organi dello Stato, particolarmente sentite quando la Corte si trova a compiere scelte discrezionali.

<sup>58</sup> In altri termini, la discrezionalità di cui gode la Corte nell'elaborare le norme integrative viene meno (o quantomeno fortemente ridimensionata) in sede di sindacato di legittimità sulla legge ordinaria che regola il suo processo; ciò si deve alla "processualità" del suo agire in veste di Giudice delle leggi (cfr. le limpide considerazioni sulle modalità di creazione del diritto giurisprudenziale in M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?* Milano, 1984, 126, cui si deve il virgolettato).

<sup>59</sup> G. D'AMICO, *Struttura ed effetti delle decisioni*, in *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi, M. Perini e A. Pisaneschi, Torino, 2008, 235 ss. Ma vedi, soprattutto, la ricostruzione sul tema di A. PIZZORUSSO, *Effetto di «giudicato» ed effetto di «precedente» delle sentenze della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1966, 1976.

<sup>60</sup> Salve esplicite sconfessioni, fra l'altro, non sarà possibile liberarsi dalla vincolatività del precedente neppure mediante un'opera argomentativa di distinzione dei due casi (quello relativo al precedente, quello relativo alla decisione da assumere) mediante differenziazione dei cc.dd. *material facts*. Qui i casi non sono simili, ma si tratta del medesimo caso, del medesimo processo, quindi non è possibile utilizzare quei classici strumenti nelle mani dei giudici degli ordinamenti in cui vige il principio dello *stare decisis*, per liberarsi dal precedente. Il valore di quella decisione, allora, protende, per certi versi, verso quello del giudicato. Tanta e tale la vicinanza con la *res iudicata* che taluno ha sostenuto, provocatoriamente, che se si fosse trattato di un giudizio comune, l'operazione della Consulta sarebbe stata tacciata di anticipazione di giudizio, ossia dell'integrazione di un illecito disciplinare (v. F. CRISAFULLI, *Intervento al Convegno "Libertà fondamentali alla fine della vita. Riflessioni a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 della Corte Costituzionale"* organizzato a Roma il 17 luglio 2019 dall'Associazione Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica).

La Corte perderebbe di credibilità e autorevolezza – sinonimi di legittimazione –, ma, inoltre, e questo è un dato da tenere fortemente in considerazione, risulterebbe del tutto ingiustificata la messa in mora del legislatore. Analogamente, vi sarebbero pesanti ripercussioni negative sulla credibilità pure se, dopo la sospensione del processo costituzionale, la Corte finisse per dichiarare la questione inammissibile per riconoscere la discrezionalità legislativa<sup>61</sup>.

Questi scenari, delicati per la credibilità e la legittimazione della Corte costituzionale, potrebbero certamente essere impiegati per criticare il riutilizzo di questa tecnica di giudizio, ma, a parere di chi scrive, è il caso di riconoscere ai giudici della Consulta il loro ruolo conservativo-manutentivo della legittimazione dell'organo di cui fanno parte. Del resto, nonostante il non accoglimento del principio dello *stare decisis*, qualora la Corte intenda superare un proprio precedente, il pronunciamento si prodiga nel trovare forti argomenti per non minare il proprio ruolo e le proprie fondamenta.

Non si tratta, infatti, di una manifestazione di fiducia a prescindere nei confronti della Corte, o comunque non lo è diversamente da tutti quegli atti di affidamento che la Costituzione stessa rivolge all'organo di chiusura dell'ordinamento. In definitiva è la Corte costituzionale stessa la vera custode della sua credibilità e legittimazione, lo è sin dalla sua nascita e non lo sarebbe diversamente ora con in mano questo nuovo strumento decisorio.

Ad ogni modo, e conclusivamente, consta segnalare come una riflettuta regolamentazione a livello legislativo potrebbe fugare i suesposti dubbi e timori, poiché se la legge processuale disegnasse la sentenza che segue l'ordinanza di condanna come una pronuncia *lato sensu* esecutiva, verrebbe meno in radice la possibilità per la Corte di entrare in contraddizione con se stessa<sup>62</sup>.

#### 4. Un giudizio costituzionale di ottemperanza?

Come sostenuto in precedenza, il legislatore, dopo l'ordinanza che accerta la violazione dei principi costituzionali e rinvia l'udienza, non avrebbe più potere discrezionale sull'*an* dell'intervento ripristinatorio della legalità costituzionale. Così, in caso d'inerzia, la Corte, in via surrogatoria, assume anche scelte discrezionali (che siano costituzionalmente ammissibili, alla pari del legislatore in definitiva) e, dunque, politiche<sup>63</sup>.

Da tali considerazioni paiono emergere talune possibili analogie col giudizio di ottemperanza instaurabile nel processo amministrativo. Questi momenti di vicinanza si attestano intorno al problema del rispetto del principio di separazione dei poteri, più che allo strumento processuale in sé.

In ambo i casi, infatti, si ha un organo giurisdizionale (speciale)<sup>64</sup> che, a fronte di un inottemperato obbligo di assumere una scelta discrezionale volta a ripristinare la legalità violata, si

---

<sup>61</sup> Invero, una pronuncia d'inammissibilità potrebbe essere comprensibile in ragione dello stato di avanzamento dei lavori parlamentari, ancorché, forse, parrebbe più coerente un ulteriore differimento d'udienza.

<sup>62</sup> Sull'opportunità, o fors'anche necessità, di una regolamentazione v. G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in [Questione Giustizia](#), 13/11/2020, 10.

<sup>63</sup> È la stessa Corte ad ammetterne la natura politica in quanto dichiara non percorribile la via di una soluzione a "rime obbligate". Ma come già sostenuto, ad altro piano attengono le critiche che possono essere mosse a questo ruolo che la Corte va assumendo, ossia a quello della giustificazione (da esplicitare in modo esaustivo in motivazione) dei singoli punti della decisione sostanziale. Tutte le scelte che la Corte compie nel campo della discrezionalità legislativa devono essere sostenute da una struttura argomentativa forte che ne evidenzia la funzione di tutela o di contemperamento dei valori costituzionali in gioco. Non può non richiamarsi ancora la scelta, della cui logicità vi è fondato motivo di dubitare, della chiamata in causa dei comitati etici nell'ambito delle procedure di suicidio assistito, i quali comitati non hanno alcuna competenza in ambito medico-scientifico.

<sup>64</sup> Invero, benché la Corte abbia negato di appartenere all'ordine giudiziario, ha riconosciuto a se stessa la legittimazione a sollevare una questione incidentale di legittimità costituzionale, qualificando, dunque, il suo processo come «un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale» (art. 23, L. 11 marzo 1953, n. 87). In senso analogo, la Consulta, si è auto-qualificata come «giurisdizione nazionale» (ai sensi dell'art. 267 TFUE) sia ai fini del ricorso in via principale (con [ordinanza n. 103 del 2008](#)), sia ai fini del ricorso in via incidentale (con [ordinanze nn. 207 del 2013](#) e [24](#)



sostituisce, con esercizio di giurisdizione estesa al merito, al titolare del potere politico, adottando esso stesso la decisione discrezionale.

Nel giudizio di ottemperanza del processo amministrativo si ha un organo giurisdizionale che in nome del principio di legalità (e dello Stato di diritto) s'ingerisce nel potere esecutivo, *lato sensu* inteso, e adotta scelte politiche<sup>65</sup>. Analogamente, con una tecnica processuale come quella inaugurata nel “caso Cappato”, l'inadempimento del circostanziato dovere di provvedere contenuto nell'ordinanza della Corte costituzionale comporta quella sorta di perdita dell'esclusiva competenza in capo al legislatore nell'assumere decisioni discrezionali, pertanto sorge, come nel processo amministrativo (art. 134, comma 1, lett. a, c.p.a.), una sorta di controllo giurisdizionale esteso al merito volto a dare esecuzione ad una precedente decisione giurisdizionale.

La Consulta, quindi, decide la questione di legittimità costituzionale compiendo scelte politiche proprio come farebbe il giudice amministrativo nel giudizio di ottemperanza nel momento in cui si sostituisce all'Amministrazione inadempiente<sup>66</sup>.

In un caso si ha l'invasione della discrezionalità amministrativa al fine di ripristinare la legalità, così nell'altro si ha l'invasione della discrezionalità legislativa al fine di ripristinare la legalità costituzionale.

Ecco allora, come già emerso in precedenza, è chiaro che le scelte di contenuto effettuate dalla Corte costituzionale nella sentenza che segue l'ordinanza di incostituzionalità prospettata sono indubbiamente determinazioni politiche<sup>67</sup>. Ciò discende chiaramente, come affermato peraltro dalla stessa Corte costituzionale, dal presupposto di questa nuova tipologia decisoria, ovvero dall'impossibilità di giungere a una conclusione, in modo asseritamente meccanico, a “rime obbligate”. Che la Consulta, poi, nella [sentenza n. 242 del 2019](#), esorti l'intervento (ancora utilissimo) del legislatore, non toglie che un “minimo” (si fa per dire) di scelte discrezionali, su

---

[del 2017](#)) alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea; cfr. L. PESOLE, *La Corte costituzionale ricorre per la prima volta al rinvio pregiudiziale. Spunti di riflessione sull'ordinanza n.103 del 2008*, in [Federalismi.it](#), 23 luglio 2008; F. VISMARA, *Rapporti tra Corte costituzionale italiana e giudice ordinario nella dinamica del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2, 2012; U. ADAMO, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio in via incidentale. Note a caldo sull'ord. n. 207/2013*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 24 luglio 2013. Per tali ragioni, con tutte le peculiarità che appaiono evidenti, può parlarsi di “giudice speciale”, pur inteso in senso lato. Sul tema della qualificazione della Corte come giudice speciale v. R. ROMBOLI, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 6 aprile 2015, 3; ID., *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, consultabile al sito [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), 19 settembre 2007; ID., *I rapporti tra giudici comuni e corte costituzionale nel controllo sulle leggi in via incidentale in Italia: l'esperienza di 50 anni di giurisprudenza costituzionale*, in [www.juridicas.unam.mx](#), spec. 334, ove l'A. afferma che la qualificazione della Corte come giudice ai fini della legittimazione a sollevare questione di legittimità costituzionale (riconosciuta a partire dall'[ord. n. 22 del 1960](#)) ha rappresentato il primo esempio di nozione “funzionale” e “sostanziale” di giudice.

<sup>65</sup> Salva la possibilità (più raramente la doverosità) per il giudice amministrativo, molto spesso utilizzata nella prassi, di nominare un commissario *ad acta* per assumere le scelte discrezionali. Ad ogni modo, va tenuto comunque presente che, nonostante la non unanime ricostruzione della natura del commissario suddetto, il Codice del processo amministrativo pare considerarlo un ausiliario del giudice amministrativo e non come organo straordinario dell'amministrazione, pertanto la prospettiva di ingerenza del potere giudiziario su quello politico pare permanere inalterata (sul tema vedi la ricostruzione operata con sentenza del [Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 settembre 2015 n. 4299](#)). Anche più di recente il Consiglio di Stato ha affermato che il commissario *ad acta* è per sua natura «*longa manus* del giudice per realizzare il diritto accertato dal giudicato» ([Cons. Stato, Sez. V, 24 ottobre 2018, n. 6038](#)).

<sup>66</sup> Con una differenza, fra le altre, di non poco momento: la sostituzione del giudice amministrativo è pressoché definitiva, stante il carattere concreto dei provvedimenti amministrativi, mentre la sostituzione del giudice costituzionale sarebbe sempre precario e provvisorio, potendo il legislatore intervenire anche immediatamente dopo il deposito della sentenza. Non vi sarebbe mai, in altri termini, una sostituzione “espropriativa”.

<sup>67</sup> Accentuando, così, quelle difficoltà già messe in luce da ampia dottrina, secondo cui, più in generale, «conciliare politica e giurisdizione è attività complessa e problematica, innanzitutto perché la Consulta è investita del potere di incidere sulla legge, potere, questo, che delinea un tipo di controllo giurisdizionale solo nella forma (in quanto esercitato nella forma del processo, che si svolge davanti ad un giudice imparziale), mentre nella sostanza si tratta di un controllo connotato da un'intrinseca componente di politicità, essendo spesso diretto ad eliminare atti del potere politico, quali sono le leggi», così testualmente C. DRIGO, *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, cit., 417.

talune questioni cruciali, le abbia giocoforza compiute, traendo le soluzioni fra quelle già presenti nel sistema e ispirandosi al sistema costituzionale<sup>68</sup>.

Così ragionando, l'ordinanza che rinvia l'udienza giungerebbe ad assumere la sostanza di una pronuncia di condanna ad un *facere* pubblicistico, mentre la sentenza che accoglie nel merito la questione assumerebbe le sembianze di una pronuncia esecutivo-attuativa<sup>69</sup>.

Le conseguenze di un tale inquadramento possono sollevare perplessità e, finanche, preoccupazioni. Basti pensare agli aspri scontri cui si è assistito, anche di recente, fra il CSM e il giudice dell'esecuzione<sup>70</sup>, nell'ambito del quale era già intervenuto anche il legislatore del 2014.

In effetti, il caso dell'esecuzione coatta delle sentenze di condanna del Consiglio superiore della magistratura è, forse, quello che più si avvicina ad un eventuale giudizio di ottemperanza costituzionale.

La Corte costituzionale con le [sentenze nn. 419 e 435 del 1995](#), respingendo il ricorso del Consiglio Superiore per conflitto di attribuzioni contro il Consiglio di Stato come giudice dell'ottemperanza, affermò a chiare lettere che «la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria [e che quindi] in linea di principio non sono configurabili giurisdizioni passibili di esecuzione ed altre in cui il dovere di attuare la decisione si arresti di fronte alle particolari competenze attribuite al soggetto il cui operato è

---

<sup>68</sup> La Corte, con la [sent. n. 242 del 2019](#), demolisce sì parte dell'art. 580 c.p., ma va ben oltre, riconoscendo l'esclusività della competenza a verificare condizioni e modalità della pratica di assistenza al suicidio alle strutture del servizio sanitario nazionale e stabilendo una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse, ma soprattutto la Corte richiede (in modo poco comprensibile) ai fini della liceità della condotta l'intervento dei comitati etici territoriali e assume una posizione eminentemente politica sull'obiezione di coscienza. Sul punto v. più ampiamente C. MASCIOTTA, [La Corte costituzionale riconosce il diritto, preannunciato, a morire rapidamente e con dignità con una tecnica decisoria dalle dirimpenti implicazioni](#), cit. 71; particolarmente critico sull'eccessiva creatività della Corte A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 3.

<sup>69</sup> La dottrina prevalente, tuttavia, disconosce carattere vincolante all'ordine rivolto al legislatore dalla Corte costituzionale (per tutti v. R. DI MARIA, [Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti \(fondamentali\) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli "animali fantastici"](#). *The final cut*, in questa [Rivista](#), 2020/I, 4). Ad avviso di chi scrive, invece, e come già anticipato, pare che l'ordine in parola assuma carattere vincolante in senso giuridico per diretta discendenza dal generale obbligo di dare attuazione al dettato costituzionale. Tale dovere, dunque, viene accertato dalla Corte con l'ordinanza e in riferimento a questo viene formulata espressamente, e in modo specifico, la necessità di intervenire per rimuovere la situazione di illegittimità costituzionale; tale "ordine", che non trova riscontro nel dispositivo, può essere ritenuto sussistente in forza della teoria del c.d. vincolo al motivo portante, sostenuta anche dalle Sezioni Unite del 2014 (sul punto cfr. § 4.1.). Del resto, anche nella [Relazione sull'attività della Corte costituzionale nel 2012](#) del Pres. Gallo, pag. 8 e ss., si ebbe modo di precisare, in merito ai moniti rivolti al legislatore, che «tali solleciti non possono essere sottovalutati. Essi costituiscono, infatti, l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità. Si pensi all'ipotesi in cui l'eliminazione del contrasto con la Costituzione *esiga* la riforma di interi settori dell'ordinamento o possa realizzarsi in una pluralità di modi consentiti dalla Carta costituzionale, la scelta dei quali è riservata alla discrezionalità del legislatore. Non è inopportuno ribadire che queste esortazioni *non equivalgono al mero auspicio* ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l'affermazione – resa nell'esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è *tenuto* ad intervenire in materia [corsi aggiunti]». Tale tesi, inoltre, troverebbe conforto in quella opinione espressa in dottrina sui rapporti fra "governo del legislatore" e "governo dei giudici"; cfr., ad es., M. DOGLIANI, *L'amministrazione dei diritti fondamentali: un insolubile dilemma costituzionale*, in *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, 2009, ove l'A. ricorda come, per mezzo delle dottrine sulla diretta applicabilità e immediata precettività delle norme costituzionali, si è generata, addirittura, una sorta di competenza concorrente fra legislatore, da un lato, e Corte costituzionale e giudici comuni, dall'altro, la quale, tuttavia, non pare comunque "paritaria", dacché la competenza dei giudici sarebbe abilitata, o comunque sollecitata, dall'inerzia, dal «protratto silenzio del legislatore».

<sup>70</sup> Una volta sbarrata la strada del conflitto di attribuzioni innanzi alla Corte costituzionale, il Consiglio superiore della magistratura ha a più riprese adito la Corte di Cassazione come giudice della giurisdizione per censurare l'esercizio della giurisdizione di merito in luogo della giurisdizione di legittimità da parte del giudice amministrativo. La Suprema Corte ha da sempre respinto (cfr. da ultimo Cass. civ., sez. unite, 14 gennaio 2020, n. 413), sulla scorta delle indicazioni della Corte costituzionale in punto di controllo sulla giurisdizione *ex art. 111*, comma 7, Cost., il quale non consente un sindacato sul tipo di giurisdizione esercitata.

sottoposto a sindacato. Al contrario, la garanzia della competenza cede a fronte della contrapposta garanzia di ogni cittadino alla tutela giurisdizionale, la quale rappresenta e dà contenuto concreto, in definitiva, alla garanzia della pari osservanza della legge: da parte di tutti ed in egual misura».

Ora, se è vero che queste considerazioni non possono essere, *de plano*, rivolte anche al Parlamento, ciò non toglie che, *mutatis mutandis*, si potrebbe comunque sostenere che la garanzia della competenza, ancorché la più libera, dovrebbe cedere a fronte della contrapposta garanzia di ogni cittadino alla tutela giurisdizionale, la quale rappresenta e dà contenuto concreto, in definitiva, alla garanzia della pari osservanza della Costituzione: da parte di tutti ed in egual misura.

È ben vero, dunque, che la riserva di amministrazione non è del tutto assimilabile alla sovranità parlamentare, ma è altrettanto vero che la violazione della legge non comporta quel dissesto dell'ordinamento che cagiona invece la violazione della Costituzione. Dunque, chiare a tutti le differenze che intercorrono fra un organo di rilievo costituzionale, quale è il Consiglio superiore della magistratura, e il Parlamento, in uno Stato costituzionale di diritto non dovrebbero concepirsi spazi completamente immuni dal sindacato giurisdizionale, anche e soprattutto di costituzionalità<sup>71</sup>.

Se la discrezionalità legislativa si differenzia dalla discrezionalità amministrativa per la c.d. libertà nei fini, questa libertà teleologica viene sicuramente meno allorquando la scelta assunta collide con statuizioni di rango costituzionale. La Costituzione pretende di essere attuata e rispettata, così laddove il legislatore ometta di darne applicazione oppure compia scelte in violazione della stessa, non c'è alcuna libertà, ma c'è una situazione di obbligo sanzionato, poiché c'è il diritto di tutti a che la Costituzione non venga ignorata.

Nel momento in cui si afferma che la volontà politica del legislatore si condensa in atti sotto-ordinati ad altri atti normativi, non c'è più spazio per affermare una piena libertà nei fini: il legislatore può perseguire i fini su cui la Costituzione non si pronuncia.

Tuttavia, e a ben riflettere, anche la Corte tende a fuoriuscire dall'alveo del suo ruolo, così come tradizionalmente tracciato dalla Carta fondamentale, soprattutto ad opera dell'art. 136 Cost. Si tratta, del resto, di una questione annosa che risale al varo delle sentenze manipolative sul finire degli anni Sessanta del secolo scorso<sup>72</sup>.

Sin dal superamento dell'unicità delle sentenze d'incostituzionalità (totale o parziale), emerge un'interpretazione ampia, operata dai giudici della Consulta, dell'art. 136, comma 1, Cost., ispirata ad un canone di ermeneutica sistematica e teleologicamente orientata al ruolo complessivo che la Carta attribuisce alla Corte costituzionale.

A tal proposito, in dottrina si è parlato di completo superamento del principio di separazione dei poteri, con la conseguenza che «viene al contempo a smarrirsi l'idea stessa di Costituzione e di Stato costituzionale, quale mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789»<sup>73</sup>.

Non possono, tuttavia, sottacersi due dati, connessi e ben noti. In primo luogo, va rammentato come nel costituzionalismo francese abbia stentato ad affermarsi l'idea stessa di rigidità costituzionale e, quindi, di Costituzione come strumento anti-maggioritario; in secondo luogo, va ricordato come l'idea stessa di Costituzione nasca nei termini di uno strumento di limitazione del potere, così le prime Costituzioni in senso proprio altro non sono che carte di regolamentazione dei poteri<sup>74</sup>. Conseguentemente, il principio di separazione dei poteri assurge, nel XVIII secolo, a elemento minimo imprescindibile affinché, da un lato, possa parlarsi di Costituzione e, dall'altro,

---

<sup>71</sup> In questo senso vanno lette anche le numerose critiche che possono muoversi all'autodichia delle Camere (v. anche Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. II, 28 aprile 2009 n. 14, *caso Savino ed altri c. Italia*).

<sup>72</sup> Un primo chiaro esempio fu rappresentato dalla [sent. n. 15 del 1969](#) della Corte costituzionale

<sup>73</sup> Così A. RUGGERI, [La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore \(Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021\)](#), in questa [Rivista, retro](#), 222.

<sup>74</sup> Per approfondimenti sul costituzionalismo francese cfr. P. PASSAGLIA, *La Costituzione dinamica. Quinta Repubblica e tradizione costituzionale francese*, Torino, 2008; ID., *La giustizia costituzionale in Francia*, in *Esperienze di giustizia costituzionale*, a cura di J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, I, Torino, 2000, 199 ss.; M. CALAMO SPECCHIA, *Il Conseil Constitutionnel e lo sviluppo della giustizia costituzionale in Francia*, in *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, a cura di L. Mezzetti, Padova, 2009, 175 ss.

possa essere riconosciuto uno *standard* minimo di tutela dei diritti, quelli dei ceti dominanti. La Costituzione è, in quel momento, lo strumento contro l'assolutismo<sup>75</sup>.

Con il secondo dopoguerra, il costituzionalismo europeo si è arricchito con gli statuti dei diritti, con la rigidità costituzionale e con la garanzia giurisdizionale di legittimità costituzionale<sup>76</sup>. Orbene, senza degradare a mero orpello la *Seconda Parte* della nostra Costituzione, non può che constatarsi la stretta strumentalità della stessa alla tutela dei diritti fondamentali della persona. Allora, così ragionando, non si sta smarrendo l'idea di Costituzione. Al contrario, si è ormai affermata un'idea di Costituzione come strumento anti-maggioritario, come strumento di garanzia dei diritti della persona a prescindere da qualunque volontà politica<sup>77</sup>.

Pertanto, se questa è l'idea di Costituzione, è naturale che lo spazio per la discrezionalità politica (che non è più arbitrio, come lo era nel 1789) si vada riducendo.

Salvaguardare la riserva di competenza sottesa al principio di separazione dei poteri, quando tale competenza è esercitata in modo lesivo dei diritti fondamentali della persona, si traduce nel tutelare l'abuso<sup>78</sup>. In altre parole, se il principio in parola è volto, in ultima istanza, a proteggere i diritti, non può essere garantito laddove venga impiegato in modo lesivo per gli stessi.

L'impostazione ermeneutica volta ad ampliare i poteri d'intervento della Corte, nel rispetto di equi contemperamenti dei valori in gioco, che comunque meritano attenta considerazione, pare, al contrario, nella direzione tracciata da tutto il sistema costituzionale: la tutela dei diritti fondamentali della persona.

È per tali ragioni che il problema di trovare un altro soggetto che surroggi la scelta del legislatore – quando non vi siano le cc.dd. “rime obbligate” – deve essere superato. Ad opinare diversamente si dovrebbe sostenere che è meritevole di protezione la scelta di non intervenire e, quindi, di preservare una situazione normativa connotata da illegittimità costituzionale.

Il legislatore è sempre libero di assumere le scelte che la Costituzione gli consente, sia prima, sia dopo l'intervento della Corte, ma nelle more del suo illegittimo silenzio la legalità costituzionale va ripristinata, anche con strumenti coattivi quali le procedure di esecuzione coatta delle decisioni giurisdizionali.

Consapevoli della non totale assimilabilità, riecheggiano qui le parole della Corte costituzionale del 1995: «in base al già ricordato principio di effettività della tutela giurisdizionale deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nella pronuncia e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge [ovvero, *mutatis mutandis*, rispetto della Costituzione, n.d.r.] stessa. Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccettuati i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione [ovvero, *mutatis mutandis*, del principio di rigidità costituzionale, n.d.r.], i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto; e quindi anche nei confronti di qualsiasi atto della pubblica autorità, senza distinzioni di sorta, pur se adottato da un organo avente rilievo

---

<sup>75</sup> Per il concetto di Costituzione come strumento antiassolutistico e sul ruolo della separazione dei poteri e dei relativi equilibri di ceto v. G. REBUFFA, *Le radici della Costituzione inglese*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2006, 327-338, spec. 331.

<sup>76</sup> Per un quadro dell'evoluzione del costituzionalismo europeo sotto questo profilo, cfr. *La nascita delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra*, a cura dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Padova, 2000, 3-283.

<sup>77</sup> Sulla natura di strumento antimaggioritario e conseguente ruolo della giustizia costituzionale nel sistema costituzionale, cfr. per tutti R. ROMBOLI, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, consultabile al sito dell'[Associazione Italiana dei Costituzionalisti](#), 9 settembre 2007.

<sup>78</sup> In maniera più perentoria si è espressa la Corte costituzionale, con [sent. n. 243 del 1993](#), affermando che «una pronuncia che ancora una volta rimettesse il superamento di queste situazioni, che incidono su valori costituzionali, all'intervento del legislatore - inutilmente a lungo sollecitato - non potrebbe non apparire [...] come abdicazione alle funzioni del giudice delle leggi e non potrebbe non risolversi nella protezione non già della discrezionalità del legislatore, ma della sua inerzia».

costituzionale [...]. In questi termini la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria»<sup>79</sup>.

Pur nella consapevolezza di varie peculiarità e differenze fra amministrazione e legislatore, risulta opportuno porsi dall'altra prospettiva per apprezzare i tratti di vicinanza fra giudizio amministrativo di ottemperanza e quello che in questa sede si è denominato, timidamente, “giudizio costituzionale di ottemperanza”: l'esigenza di effettiva tutela del cittadino<sup>80</sup>. Per tali ragioni è da considerare legittima e doverosa la forgiatura di questo nuovo strumento decisorio, che è essenziale a rendere effettivo il ruolo di garante giurisdizionale della Costituzione cui la Corte è deputata.

Un giudizio di ottemperanza costituzionale è funzionale ad attribuire alla Corte costituzionale un rimedio esecutivo a fronte della sleale e illegittima mancata collaborazione da parte del Parlamento<sup>81</sup>.

Questo accostamento, fra la nuova tecnica processuale e il giudizio di ottemperanza – nell'ambito del quale il giudice amministrativo esercita sempre, e necessariamente, giurisdizione di merito –, è evidente, non può condurre ad una totale assimilazione.

Non c'è modo, *rebus sic stantibus*, né per il giudice *a quo* con l'ordinanza di rimessione, né per le parti del processo costituzionale, di radicare autonomamente questa sorta di giudizio costituzionale di ottemperanza<sup>82</sup>. Tale possibilità resta nella più totale discrezionalità (*rectius*, arbitrio) della Corte costituzionale<sup>83</sup>.

Cionondimeno questa ricostruzione può essere utile per riaffermare la natura giurisdizionale della Corte, nonostante i momenti di tensione fra principi costituzionali e valori ad essi sottesi.

Non possono essere sottaciuti, infatti, gli evidenti pericoli che il Parlamento potrebbe percepire in termini di rispetto delle proprie prerogative costituzionali. Ma se, come si è già affermato a più riprese, a ben riflettere il Parlamento viene intaccato minimamente e provvisoriamente nella propria funzione e discrezionalità legislativa<sup>84</sup>, bisogna tenere sempre in forte considerazione quanto affermato anche di recente dal Consiglio di Stato, in perfetta coerenza con la giurisprudenza costituzionale consolidata.

La giurisprudenza amministrativa, infatti, anche a seguito della modifica dell'art. 17 della legge del 24 marzo 1958, n. 195 ad opera dell'art. 2, comma 4, seconda parte, del d.l. n. 90 del 2014, conv., con modif., nella l. n. 114 del 2014<sup>85</sup>, ha segnalato chiaramente come sia

---

<sup>79</sup> Corte Cost. [sent. n. 419 del 1995](#) (conforme in tal senso anche [la n. 435 del 1995](#)).

<sup>80</sup> In questo senso vanno letti i vari contributi volti a sottolineare il ruolo di garanzia dell'effettività della tutela dei diritti ricoperto dal giudizio di ottemperanza; fra i molti v. M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 528 ss.

<sup>81</sup> Cfr. M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, in [Federalismi.it](#), 2021, fasc. 3, 62-63, che così afferma: «E allora viene naturale chiedersi: il problema è l'“attivismo” della Corte o l'“indifferenza” del Parlamento nell'attuazione costituzionale?».

<sup>82</sup> Sulla stessa scia, non sarebbe ammissibile neppure la nomina di un commissario *ad acta*, forse inconcepibile nell'ambito del processo costituzionale.

<sup>83</sup> Sull'impiego incerto di questo nuovo strumento v. §4.2., §4.2.1 e §4.2.2. e cfr. A. RUGGERI, [La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore \(Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021\)](#), cit. 221 ss., più in generale, sull'impiego sostanzialmente arbitrario degli strumenti decisorii (specchio di una valutazione fortemente discrezionale dei limiti che derivano dalla sussistenza di spazi rimessi alla discrezionalità legislativa).

<sup>84</sup> La temporaneità e la precarietà dell'intervento surrogatorio della Corte, d'altra parte, invasivo delle competenze legislative, non pare idoneo di per sé a colorare di legittimità l'operato del Giudice delle leggi, ma ha un ruolo fondamentale nel rendere equilibrato quel contemperamento fra principio di separazione dei poteri e principio di rigidità costituzionale, di guisa che nel bilanciamento non vi sia un valore che viene completamente sacrificato sull'altare dell'altro.

<sup>85</sup> Il quale ha escluso l'applicabilità delle lettere *a)* e *c)* dell'art. 114 c.p.a. in materia di conferimento o conferma di incarichi direttivi e semidirettivi ai magistrati ordinari da parte del CSM, comportando quale conseguenza che anche in sede di giurisdizione di merito il giudice amministrativo non può più sostituirsi direttamente al Consiglio Superiore determinando il contenuto specifico del provvedimento da adottare né, se la sentenza di cui si chiede l'esecuzione non è passata in giudicato, dettando le modalità esecutive della medesima pronuncia.

incontrovertibilmente necessario esperire sempre un'interpretazione costituzionalmente orientata che consenta la più ampia effettività delle decisioni di giustizia, confortando un'interpretazione restrittiva di quella norma limitativa dei poteri del giudice amministrativo nell'ambito del giudizio di ottemperanza<sup>86</sup>. Resta, infatti, sempre possibile la nomina di un commissario *ad acta* con poteri sostitutivi, il quale, stante la qualificazione espressa *ex art. 21 c.p.a.*, è da considerarsi a tutti gli effetti un ausiliario del giudice, un organo di carattere giurisdizionale e non amministrativo.

Limitare una tutela forte come quella esecutiva finisce, altrimenti, per violare il principio di effettività della tutela che ha un rilievo costituzionale, convenzionale e eurounitario (artt. 24, 103 e 113 Cost., art. 6 CEDU e art. 47 della Carta di Nizza).

#### 4.1. Considerazioni descrittive e prescrittive dell'ottemperanza costituzionale.

Ammessa la validità – ed evidenziatane la necessità – di un giudizio di ottemperanza costituzionale, appare necessario mettere in luce le conseguenze giuridiche di una siffatta qualificazione, affinché ciò non si risolva in una mera operazione descrittiva<sup>87</sup>.

Così, innanzitutto, è necessario chiarire l'oggetto dell'ottemperanza e i connotati dello stesso.

Ora, giova rammentare come l'ottemperanza non necessariamente deve essere radicata su pronunciamenti passati in giudicato, poiché, essendo un giudizio di esecuzione, ciò che rileva è l'esecutività degli stessi. In effetti, nonostante l'indiscutibile contenuto decisorio dell'ordinanza<sup>88</sup>, non pare assumere quella stabilità degli effetti tipica della cosa giudicata. Tant'è vero che l'ordinanza, di regola, si distingue dalla sentenza proprio in quanto non priverebbe il giudice che la adotta del potere di ritornare sopra quanto deciso.

A ben riflettere, però, mutuando quanto affermato anche dalle Sezioni Unite della Suprema Corte. nel 2014<sup>89</sup> facendo leva sulla teoria del c.d. vincolo al motivo portante, si potrebbe sostenere come il dispositivo interlocutorio dell'ordinanza non impedisca radicalmente di qualificare come decisoria – e definitiva – l'ordinanza in parola. In fondo la Corte costituzionale accerta il *vulnus* alla legalità costituzionale e ordina al legislatore di provvedere rimuovendo la ragione di illegittimità costituzionale.

La differenza fra il monito e l'ordine, difatti, sembra risiedere proprio nella sanzionabilità dell'intimazione. Ne derivano a cascata due conseguenze: l'esecutività immediata dell'ordine e la natura condannatoria della pronuncia.

La prima conseguenza discende sia dalla natura stessa dell'operazione processuale imbastita dalla Corte, sia dall'espresso termine a scadenza.

La seconda conseguenza – che a ben riflettere è la diretta conseguenza della prima – può agevolmente affermarsi dacché si ravvisa una decisione di accertamento accompagnata da un ordine di eseguire. Tanto basta per aversi le condizioni necessarie e sufficienti per affermarne la natura esecutiva: in definitiva, la pronuncia di condanna altro non è che un provvedimento di mero accertamento connotato dalla prescrizione di un comportamento (pubblicistico).

---

<sup>86</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1551; nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2018, n. 955. Per un'analisi compiuta del tema v. F. GUARRACINO, *Il contenzioso sulle delibere del C.S.M. di conferimento degli incarichi direttivi e semi-direttivi*, in [Giustizia amministrativa](#) – dottrina, dicembre, 2020, 28 ss.

<sup>87</sup> Operazione che avrebbe comunque il pregio di ricondurre al terreno della giurisdizione l'operazione della Corte costituzionale.

<sup>88</sup> Si è già messo in evidenza come sia la struttura, sia il contenuto argomentativo siano tipici dell'atto che assume la forma della sentenza. Pertanto, l'ordinanza in parola, non avendone né la forma né la sostanza, ha dell'ordinanza soltanto il *nomen iuris* derivatogli dal dispositivo.

<sup>89</sup> Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242, secondo le quali si forma giudicato implicito qualora il giudice accerti dell'invalidità dell'atto impugnato innanzi a sé dichiarandola in motivazione (e non nel dispositivo) in modo non equivoco. Così argomentando si potrebbero pure superare quei rilievi che autorevole dottrina ha formulato in merito all'impossibilità per la Corte costituzionale di determinare gli effetti delle proprie pronunce, i quali discenderebbero esclusivamente dal dispositivo delle sue decisioni (V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, cit., 305).

Se così stanno le cose, allora, da un lato è possibile configurare un giudizio di ottemperanza<sup>90</sup>, mentre, dall'altro, resta aperto il problema della modificazione della statuizione contenuta nell'ordinanza in sede di verifica circa l'esecuzione dell'ordine formulato al legislatore.

Ebbene, se si ammette una natura interlocutoria all'ordinanza *de quo*, il problema non può essere superato – pur vigenti i vincoli derivanti dalla forza di precedente –, mentre se si valorizza l'impianto strutturale e motivazionale dell'ordinanza in esame – oltre che la *ratio* stessa dell'operazione processuale –, può ammettersi quella stabilità tipica della *res iudicata*. A ben guardare, infatti, l'atto è inoppugnabile e quindi, salvo ammettere dei discutibilissimi poteri officiosi di riesame, la Corte – né nessun altro al suo posto – potrebbe rivisitare quella statuizione, passando in giudicato formale e, conseguente, giudicato sostanziale.

Va osservato, però, che l'unicità del procedimento giurisdizionale innanzi alla Corte – testimoniato dalla tecnica del rinvio d'udienza –, nonostante la valorizzazione di quel contenuto decisorio, forse non consente di giungere a sostenere che con l'ordinanza la Corte si sia definitivamente privata del potere di decidere la causa, poiché decidendola con l'ordinanza avrebbe esaurito detto potere. Ciononostante, già si sono detti i forti vincoli che derivano dalla valenza di precedente di quella pronuncia e, soprattutto, dall'aver messo in mora l'organo più libero di tutti: il Parlamento.

L'inquadramento di questa tecnica decisoria come un giudizio a doppia fase, una prima di carattere condannatorio, una seconda di carattere esecutivo, ben si coniuga, come già ampiamente argomentato, con l'esercizio di un sindacato di merito con potere sostitutivi.

A ben vedere, infatti, anche nel processo amministrativo il giudizio di ottemperanza rappresenta la principale – e più importante a livello sistematico – ipotesi di giurisdizione di merito (art. 134, comma 1, lett. a), c.p.a.)<sup>91</sup>.

Ebbene, se in automatico la giurisdizione di merito consente, in primo luogo, di sindacare scelte di opportunità (e non solo di legittimità)<sup>92</sup> e, in secondo luogo, di esercitare poteri sostitutivi nei confronti dell'Amministrazione con conseguente assunzione di scelte d'opportunità, quando la giurisdizione di merito viene esercitata nell'ambito del giudizio di ottemperanza questo doppio profilo della giurisdizione di merito viene meno<sup>93</sup>.

In effetti, in tal caso, il giudice amministrativo prima adotta un provvedimento che accerta l'illegittimità (non l'inopportunità) della scelta amministrativa, mentre in un secondo momento, rilevato il perdurare dell'illegittimità e l'inesecuzione dell'ordine di rimuovere la stessa, si sostituisce all'Amministrazione compiendo scelte discrezionali.

Pertanto, la giurisdizione di merito in questo caso non consente mai di censurare scelte di opportunità (ossia scelte inopportune). Il sindacato – inteso come sinonimo di controllo – rimane un sindacato di legittimità. Così deve essere se non si vuole violare in modo insopportabile il principio di separazione dei poteri. Cionondimeno, una volta annullato l'atto dell'Autorità adottato in violazione del giudicato oppure una volta constatata l'assenza dell'adozione di un atto, nel vuoto provvedimentale, il giudice deve intervenire.

---

<sup>90</sup> L'art. 112, comma 2, lett. b), c.p.a. prevede *de plano* l'ottemperanza delle sentenze esecutive non passate in giudicato del giudice amministrativo; l'art. 474, comma 1, n. 1, c.p.c. consente *de plano* la tutela esecutiva avverso le sentenze esecutive non passate in giudicato del giudice ordinario. E comunque si deve notare che la Corte costituzionale, nel momento in cui dà esecuzione a quell'ordinanza (che appare forse ancora) provvisoria ne cristallizza il contenuto in modo definitivo, quindi non si pongono quei problemi tipici dell'esecuzione dei pronunciamenti non definitivi.

<sup>91</sup> G. COCOZZA, *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2011, 1321.

<sup>92</sup> Ancorché dall'analisi delle principali ipotesi di giurisdizione di merito (art. 134 c.p.a.) emerge chiaramente come questo tipo di giurisdizione sia prevista dal legislatore non tanto per consentire al giudice di sindacare o di svolgere valutazioni di opportunità, quanto per riconoscere allo stesso un potere sostitutivo nei confronti dell'Amministrazione.

<sup>93</sup> Questo è confermato chiaramente dall'art. 112, comma 2, c.p.a., laddove dispone che la finalità del giudizio è quella di dare attuazione ad una pronuncia quantomeno esecutiva e non quella di sindacare scelte di opportunità, e dall'art. 114, comma 4, c.p.a., lì dove stabilisce i poteri del giudice in caso di accoglimento del ricorso.

Ora, com'è noto, il giudizio di ottemperanza del processo amministrativo è un procedimento misto avente momenti di cognizione e momenti di stretta esecuzione<sup>94</sup>, conseguentemente sarebbe da preferire la dicitura di giudizio di attuazione, o con scopo di attuazione, piuttosto che di mera esecuzione. Il giudice amministrativo, e analogamente la Corte costituzionale, può esercitare sia poteri esecutivi tipici dell'esecuzione, sia poteri cassatori<sup>95</sup>.

Questa precisazione è utile al fine di meglio comprendere le possibili conseguenze che dovessero derivare se, in futuro, a seguito di un'ordinanza condannatoria come quella in esame, il legislatore decida di intervenire. A rigore, in tale evenienza, la Corte non dovrebbe rinviare gli atti al giudice *a quo* affinché questo possa valutare se lo *ius superveniens* consenta o meno di superare i dubbi di costituzionalità che erano emersi.

Questo accertamento dovrebbe essere svolto direttamente dalla Consulta, con due possibili esiti.

Qualora il legislatore riformuli la disposizione impugnata senza rimuovere effettivamente le ragioni sostanziali di illegittimità costituzionale censurate in ordinanza, sarebbe preferibile che la Corte trattenesse presso di sé la causa e pronunciasse, se del caso, una sorta di sentenza di illegittimità costituzionale consequenziale. Qualora, viceversa, l'intervento legislativo modifichi la norma nella parte in cui contribuisce a generare l'accertato *vulnus* ai principi costituzionali, sarebbe auspicabile che la Corte pronunciasse un'ordinanza di restituzione degli atti al giudice *a quo* per *ius superveniens*, poiché, in tal caso, le eventuali ragioni d'incostituzionalità – qualora vi fossero – sarebbero estranee o comunque autonome rispetto a quelle censurate nell'originaria ordinanza di rimessione e, quindi, tenuto conto del principio del chiesto e pronunciato, estranee anche all'ordinanza condannatoria della Corte stessa.

Questo momento cognitivo svolto dal Giudice delle leggi in sede di verifica dell'operato del legislatore tenderebbe, peraltro, a rievocare una tesi un tempo consolidata e prevalente nella giurisprudenza amministrativa. Il riferimento va alla teoria del giudicato a formazione progressiva, nell'ambito della quale il giudizio di ottemperanza è idoneo a rappresentare un tassello<sup>96</sup>.

Questa impostazione ermeneutica, che vede nel giudizio di ottemperanza una prosecuzione del giudizio di cognizione, dunque, mitigherebbe anche i problemi sopra evocati in riferimento alla consistenza di *res iudicata* della pronuncia espressa con l'ordinanza.

Ferme queste considerazioni, conclusivamente può affermarsi come l'ordinanza motivata che rinvia la trattazione altro non è che una pronuncia di condanna a provvedere (non ad un *facere* specifico poiché le soluzioni adottabili solo plurime) cui consegue in caso di inesecuzione oppure di violazione o di elusione di quell'ordine l'esercizio di una giurisdizione estesa al merito con i conseguenti poteri sostitutivi.

---

<sup>94</sup> Questo è quanto si recepisce dall'insegnamento tradizionale della dottrina: v. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, 386 ss.; C. CALABRÒ, *Giudizio amministrativo per l'ottemperanza*, in *Enc. giur.*, XV, Milano, agg. 2003, 3; cfr. inoltre *Relazione introduttiva al Codice del processo amministrativo*, 49 ss., soprattutto 51, ove così si esprime «la storica natura “mista” del giudizio di ottemperanza, che non è pura esecuzione, ma presenta fisiologici momenti di cognizione»; consultabile al sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>95</sup> F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2020, 1698.

<sup>96</sup> Questa teoria è stata in parte superata, o, forse meglio, mitigata, dalla giurisprudenza amministrativa a far data dall'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo in ragione sia dell'introduzione di nuove tipologie di azioni che il privato può ora proporre di fronte al naturale giudice di cognizione, sia del passaggio da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, con nota di A. TRAVI, *In tema di processo amministrativo, sentenza di annullamento, giudicato amministrativo, giudizio di ottemperanza*, in *Foro it.*, 2017, 4, pt. 3, 202-204). Entrambi i motivi di superamento di questa tesi non trovano spazio nel processo costituzionale poiché, anzitutto, non si tratta in questa sede di un giudizio d'azione (che è rappresentato, invece, dal giudizio in via principale), ma di un giudizio in via incidentale e, soprattutto, si tratta sempre di un giudizio sull'atto.



#### 4.2. La discrezionalità legislativa come limite non insuperabile. Esigenze di chiarezza.

La dottrina più recente ha avuto modo di osservare e precisare come le cc.dd. “rime obbligate” ormai rappresentino un mero limite relativo all’intervento della Corte. In particolare, è stato correttamente sostenuto che l’assenza di una soluzione a “rime obbligate”, ossia di una soluzione costituzionalmente imposta, si limita ad impedire alla Corte di intervenire subito, ma non può impedire alla Corte di intervenire in seconda battuta con una soluzione conforme a Costituzione – fors’anche costituzionalmente preferibile se non è dire troppo – per rimediare al già accertato *vulnus*<sup>97</sup>.

Questa logica, invero, non muta in dipendenza dell’impiego dello strumento della c.d. doppia pronuncia – con una sentenza monito e una successiva sentenza di accoglimento – o dell’utilizzo dello strumento processuale in esame – mediante ordinanza motivata di rinvio della trattazione e successiva sentenza di accoglimento.

In ambo i casi la Corte accerta espressamente la violazione della Carta fondamentale e intima al legislatore di rimuovere tale situazione di illegittimità adottando una delle varie scelte costituzionalmente ammissibili. La Corte può accompagnare quell’intimazione dalla prospettazione di conseguenze chiare e a data certa dell’inesecuzione oppure non farlo. In altri termini può formulare un ordine o un monito.

Quel che non cambia è che la Corte comunque procede alla “integrazione” o “sostituzione” della previsione dichiarata illegittima rinvenendo nel sistema precisi punti di riferimento<sup>98</sup>.

La Corte per far ciò ha individuato uno strumento più efficace ed è quello adoperato con le [ordinanze nn. 207/2018](#) e [132/2020](#), senonché la Corte non mostra chiaramente quale sia il suo intendimento sul *modus procedendi* – che ha importanti rilievi sul piano sostanziale – per il futuro.

In altre parole, enucleata questa efficace tecnica di tutela non si comprende perché con la [sentenza n. 253 del 2019](#) la Corte sia intervenuta subito in senso manipolativo nonostante la mera presenza di “rime adeguate”, poi con [ordinanza 132 del 2020](#) abbia “condannato” il Parlamento a porre rimedio al *vulnus* ai valori costituzionali e, infine, con le [sentenze nn. 32](#) e [33 del 2021](#) (“sorelle”, se non gemelle) abbia deciso di tornare al monito.

Data la peculiare efficacia di quello che, in sostanza, appare come un giudizio di ottemperanza particolarmente penetrante, non si comprende quale sia il discrimine fra *vulnus* ai diritti costituzionali della persona, ove alcuni, a quanto pare, giustificano la messa in mora del Parlamento e altri consentono al più la formulazione di un monito al legislatore.

C’è da sperare – ma dalle motivazioni ciò non pare affatto emergere – che le sentenze-monito del 2021 siano giustificate da ragioni contingenti, ossia dalla grave crisi pandemica, sanitaria, economica e sociale. Si tratta, a ben riflettere, di circostanze che non avrebbero consentito, forse, la possibilità di instaurare un proficuo confronto e un reale dibattito parlamentare (importante soprattutto in temi eticamente sensibili), salvo prevedere rinvii d’udienza particolarmente lontani nel tempo.

Quel che va respinto, tuttavia, è un utilizzo “a piacere”, arbitrario, degli strumenti processuali della Corte, ma parimenti sono da respingere impieghi politici degli stessi.

La Corte dovrebbe spiegare la ragione per cui alcuni diritti costituzionali, se conculcati dal legislatore (con atti di normazione attiva o per mezzo di omissioni legislative), non meritano una tutela piena quando questa è disponibile nel giudizio costituzionale. E, più in generale, c’è bisogno di chiarezza sui presupposti che giustificano il superamento della discrezionalità legislativa e sul conseguente impiego di quelle tecniche di giudizio.

A ben vedere, infatti, lo strumento “forte” è stato utilizzato in un caso che, come si vedrà meglio nel paragrafo successivo, non “gridava vendetta”, mentre lo strumento debole è stato impiegato in riferimento a diritti primari del minore. Una scelta che solleva forti perplessità. Ma ancora, la Corte,

---

<sup>97</sup> Cfr. M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?* cit., 59 ss. il quale parla delle “rime obbligate” come «limite relativo» all’intervento della Corte costituzionale.

<sup>98</sup> Così M. RUOTOLO, *ult. op. cit.*, 58-59.

con comunicato stampa pubblicato il 15 aprile 2021, anticipa che, dopo aver ravvisato una situazione d'incompatibilità dell'attuale regime dell'ergastolo ostativo con il sistema costituzionale (in particolare artt. 3 e 27 Cost. e 3 Cedu), ha deciso di rinviare la trattazione della causa a maggio 2022, affinché, nelle more, il legislatore possa intervenire<sup>99</sup>. Un atteggiamento altalenante che non sembra trovare immediata giustificazione nelle motivazioni espresse dalla Corte in queste decisioni.

La Corte, dal canto suo, si è limitata a dire che, in primo luogo, la tutela "forte" è da considerarsi legittima e possibile tutte le volte in cui emergano valori di primario rilievo e, in secondo luogo, che non è sufficiente lo schema del monito quando le peculiarità del caso concreto non lo consentono in ragione della rilevanza dei valori coinvolti<sup>100</sup>.

La prima è un'esortazione tanto ampia da far sì che il perimetro applicativo della tecnica di tutela in esame sia coincidente quantomeno con i giudizi in cui si lamenta nocimento ai diritti fondamentali della persona. La seconda una formulazione tautologica o apodittica, poiché la Corte non indica il livello di rilevanza dei valori coinvolti.

La giurisprudenza successiva non chiarisce, ma, anzi, sembra confondere profondamente<sup>101</sup>.

#### 4.2.1. *La Corte costituzionale ci riprova? Brevi cenni sull'[ordinanza n. 132 del 2020](#).*

Con l'[ordinanza n. 132 del 2020](#) i giudici della Consulta, replicando quanto fatto con l'[ordinanza n. 207 del 2018](#), hanno sospeso il processo costituzionale ed esortato l'intervento ripristinatorio la legalità costituzionale del Parlamento.

Un caso differente da un punto di vista sostanziale rispetto alla vicenda Antoniani-Cappato, ovvero quello della responsabilità penale dei giornalisti in caso di diffamazione a mezzo stampa, segnatamente in punto di proporzionalità della pena detentiva e in punto di latitudine della libertà di manifestazione del pensiero e di cronaca; un caso del tutto analogo, se non identico, da un punto di vista processuale.

Merita anticipare come quel che cambia, ma che non incide sulla scelta dello strumento adottato, è il rango dei valori in gioco.

L'[ordinanza n. 132 del 2020](#), che appare come atto interlocutorio, di rinvio d'udienza, replica lo schema bipartito della parte motiva dell'[ordinanza 207 del 2018](#) e che, prima di quest'ultima, era tipica solo delle sentenze<sup>102</sup>.

La Corte costituzionale affronta in modo completo tutte le questioni processuali e di merito, giungendo ad affermare come «[u]n simile bilanciamento è divenuto ormai inadeguato [...] Ciò esige una rimodulazione del bilanciamento sotteso alla disciplina in questa sede censurata, in modo da coniugare le esigenze di garanzia della libertà giornalistica, nel senso ora precisato»<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> Comunicato del 15 aprile 2020 intitolato "Ergastolo ostativo incompatibile con la Costituzione ma occorre un intervento legislativo. un anno di tempo al Parlamento", reperibile sul sito istituzionale della Corte costituzionale. In tale comunicato la Corte afferma che il suo sindacato immediato deve momentaneamente arrestarsi per rispetto della discrezionalità legislativa, poiché «l'accoglimento immediato delle questioni rischierebbe di inserirsi in modo inadeguato nell'attuale sistema di contrasto alla criminalità organizzata».

<sup>100</sup> Così la Corte nell'[ordinanza n. 207 del 2018](#), par. 11 cons. in dir.

<sup>101</sup> Parla di una «piena fungibilità dei tipi di decisione» che emerge dalla giurisprudenza, anche recente, della Corte costituzionale A. RUGGERI, [La PMA alla Consulta e l'uso discrezionale della discrezionalità del legislatore \(Nota minima a Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021\)](#), cit., 221 ss. Va, dunque, rammentato l'insegnamento di autorevole dottrina secondo cui la necessità di osservare le regole del processo costituzionale è sotteso ad un valore particolarmente importante per un organo che si voglia di natura giurisdizionale, soprattutto in ragione dell'esigenza di prevedibilità delle sue decisioni da parte dei cittadini, i quali debbono poter «individuare standars di comportamenti che offrano, nei limiti del possibile, prospettive di certezza ai giudici ed ai cittadini circa l'uso dei mezzi processuali che hanno, poi, un grandissimo rilievo anche sul piano sostanziale», così L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, in AA. VV., *Giudizio a quo e promovimento del processo costituzionale*, cit., 98.

<sup>102</sup> A. RUGGERI, [Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato](#), in questa *Rivista*, 2020/II, 399.

<sup>103</sup> [Ord. n. 132 del 2020](#), par. 7 cons. in dir.

Chiaro è l'accertamento del *vulnus* ai principi costituzionali, chiaro è l'indirizzo dato al legislatore, al quale "passa la palla".

La Corte, infatti, prosegue dicendo a chiare lettere che «[u]n simile, delicato bilanciamento spetta in primo luogo al legislatore, sul quale incombe la *responsabilità* di individuare complessive strategie sanzionatorie in grado, da un lato, di evitare ogni indebita intimidazione dell'attività giornalistica; e, dall'altro, di assicurare un'adeguata tutela della reputazione individuale contro illegittime – e talvolta maliziose – aggressioni poste in essere nell'esercizio di tale attività. *Il legislatore, d'altronde, è meglio in grado di disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco* [corsivo mio]»<sup>104</sup>. Dal tenore dell'ordinanza in parola ben si comprende che così come «spetta in primo luogo al legislatore» intervenire, vi sarà qualcuno a cui, se del caso, spetterà intervenire in *secondo* luogo, in seconda battuta.

Ecco che torna quel rilievo mosso in dottrina circa la valenza come limite solo relativo delle "rime obbligate" all'intervento della Corte. L'assenza di queste impedirebbe alla Consulta di pronunciarsi subito, ben potendo farlo in seconda battuta, mediante una pronuncia che dà seguito ad un precedente monito oppure mediante una sentenza che segue un'ordinanza di incostituzionalità prospettata<sup>105</sup>.

Allo stesso tempo, è stato subito osservato in sede di primo commento come, tuttavia, detto pronunciamento mostri un tono meno marcato in riferimento alla cosiddetta "messa in mora del Parlamento" rispetto a quello registrato nell'[ordinanza n. 207 del 2018](#) in riferimento al "caso Cappato"<sup>106</sup>.

Senonché non può ignorarsi il dato per cui, in questa sede, si sta adoperando uno schema processuale già collaudato ed inoltre si sta affrontando una questione sostanziale che non ha la medesima carica etico-sensibile di quella emergente dalla questione del suicidio assistito.

In un caso si tratta di espungere alcune condotte (quelle non eccezionalmente gravi) da quelle punibili anche con la pena detentiva (ma che potrebbero comunque mantenere la loro rilevanza penale), nell'altro si trattava di stabilire i confini della legittimità della pretesa ad essere aiutati a morire con conseguente decriminalizzazione delle condotte agevolative. Ma, ancora, non si può fare a meno di notare come sia la Corte stessa a mettere in evidenza come vi siano molteplici progetti di legge all'esame delle Camere e quindi risulta comprensibile un'ammonizione meno severa.

Tanto premesso, dunque, risulta difficile ritenere che, in caso di inerzia del legislatore, la vicenda processuale in parola segua un decorso differente da quella seguita dalla questione sul "caso Cappato".

Anche in questa vicenda, pertanto, si assisterà ad un successivo giudizio di ottemperanza in cui la Corte, a seguito della udienza pubblica del 22 giugno 2021, se accerterà – come pare avverrà – l'inerzia legislativa, interverrà stabilendo essa stessa il regime sanzionatorio dei reati diffamatori sotto giudizio. Così la Consulta dovrà stabilire se certe condotte diffamatorie, in nome di libertà costituzionali e convenzionali (artt. 2, 21 Cost. e 10 CEDU), meritino solo conseguenze civiliste e risarcitorie, oppure anche sanzioni penali, sebbene di natura solo pecuniaria. Una scelta di merito, una scelta di opportunità, tipica di un giudice di ottemperanza.

Tanto premesso, questo reiterare la tecnica processuale inaugurata nel 2018-2019 a pochi mesi di distanza, sembra far emergere un certo indirizzo della Corte verso un non così parsimonioso utilizzo della tecnica processuale in esame. E ciò non può che avere riflessi di non poco momento sul controllo giurisdizionale di costituzionalità, soprattutto in materia penale, ambito rispetto al quale sovente il sindacato della Corte si arrestava in nome degli spazi di discrezionalità legislativa che caratterizzano la politica criminale<sup>107</sup>.

<sup>104</sup> [Ord. n. 132 del 2020](#), par. 8 cons. in dir.

<sup>105</sup> Cfr. M. RUOTOLO, *Oltre le "rime obbligate"?* cit., 60 ss., il quale, peraltro, segnala come talvolta la Corte costituzionale anche in assenza di rime obbligate proceda immediatamente a pronunciarsi nel merito.

<sup>106</sup> A. RUGGERI, [Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato](#), cit., 399.

<sup>107</sup> Di recente la possibilità di giungere ad una conclusione a "rime obbligate" non rappresenta più un limite invalicabile per il sindacato della Corte costituzionale, neppure in ambito penale (cfr. sul punto A. MORRONE,

#### 4.2.2. Il “non detto” delle [sentenze nn. 32 e 33 del 2021](#).

Questi due pronunciamenti meritano quantomeno brevissimi cenni, per quel che interessa in questa sede.

La [sentenza n. 32 del 2021](#) si è occupata del tema delle tutele del rapporto genitoriale (soprattutto *sub-species* di tutela del *best interest* del minore) fra genitore intenzionale e figlio nato con procreazione medicalmente assistita, specificatamente nel caso in cui l’interruzione del rapporto di coppia impedisca anche la strada dell’adozione in casi particolari<sup>108</sup>.

Ebbene, in tal caso la Corte dichiara l’inammissibilità per discrezionalità legislativa, pronunciando un monito durissimo al legislatore dopo aver riscontrato un *vulnus* ai principi costituzionali («Ciò [ossia la minor tutela del minore in ragione della condotta dei genitori] ha indotto questa Corte a ravvisare una “*capitis deminutio perpetua e irremediabile*”, lesiva del diritto al riconoscimento formale di un proprio *status filiationis*, che è «elemento costitutivo dell’identità personale, protetta, oltre che dagli artt. 7 e 8 della citata Convenzione sui diritti del fanciullo, dall’art. 2 della Costituzione», e in contrasto con il principio costituzionale di eguaglianza<sup>109</sup>). Ciononostante, infatti, la Corte precisa che «al riscontrato vuoto di tutela dell’interesse del minore, che ha pieno riscontro nei richiamati principi costituzionali, questa Corte ritiene di non poter ora porre rimedio. [...] Un intervento puntuale di questa Corte rischierebbe di generare disarmonie nel sistema complessivamente considerato»<sup>110</sup>.

Così la Consulta conclude disponendo che «nel dichiarare l’inammissibilità della questione ora esaminata, per il rispetto dovuto alla prioritaria valutazione del legislatore circa la congruità dei mezzi adatti a raggiungere un fine costituzionalmente necessario, questa Corte non può esimersi dall’affermare che non sarebbe più tollerabile il protrarsi dell’inerzia legislativa, tanto è grave il vuoto di tutela del preminente interesse del minore, riscontrato in questa pronuncia».

La formulazione di un così duro monito, però, lascia veramente perplessi.

---

*Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 2, 2019, spec. 268; S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 183-185; ID., *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2017; D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 6, 2020, 3 novembre 2020; R. CABAZZI, *Sulle “rime obbligate” in materia penale. Note a margine della sentenza della Corte Cost. n. 40/2019*, in *Federalismi.it*, 6, 2020; F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 2016; G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo*, Consulta OnLine, Genova, 2020, III, 153 ss; D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costringitiva*, in *Sistema Penale*, 2, 2021, soprattutto 21 e ss.; ma, sul punto, v. anche [Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2019](#) della Pres. Cartabia, soprattutto pag. 8-11, e *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale). Giurisprudenza sistematica*, a cura di V. Manes, Ottobre 2013, sul sito della [Corte costituzionale](#). Così, da una parte, i moniti che questa aveva in passato rivolto al legislatore trovano seguito nelle più recenti sentenze di accoglimento, con le quali la Corte statuisce opzioni costituzionalmente adeguate, rintracciandole (senza uno stretto vincolo di pertinenza, peraltro) nel sistema (v. Corte cost. [sent. n. 222 del 2018](#) e, da ultimo, [sent. n. 156 del 2020](#)); mentre dall’altro, nelle nuove ipotesi di irragionevolezza o sproporzione delle scelte incriminatorie e sanzionatorie in senso lato la Corte pare – ma le perplessità sono ancora tante – prediligere la tipologia di pronuncia recentemente inaugurata.

<sup>108</sup> Si trattava, peraltro, di un bambino nato in Italia a seguito di fecondazione eterologa praticata all’estero e registrato come figlio della sola partoriente. Qualora, infatti, il figlio fosse nato all’estero (ove la PMA è consentita anche a coppie omosessuali) il relativo atto che riconoscesse lo *status filiationis* nei confronti di entrambe le madri (quella biologica e quella intenzionale) sarebbe stato trascrivibile in Italia, poiché tale pratica nel nostro ordinamento costituisce un mero illecito amministrativo, incapace di incidere sul contenuto del concetto di ordine pubblico.

<sup>109</sup> Corte cost. [sent. n. 32 del 2021](#), par. 2.4.1.3. cons. in dir.; sebbene in questo punto la Corte si riferisce alla sua precedente giurisprudenza è chiara la sua intenzione di estendere quella considerazione al caso *sub iudicem*.

<sup>110</sup> Corte cost. [sent. n. 32 del 2021](#), par. 2.4.1.4. cons. in dir.

Se tanto è grave il vuoto di tutela e tanto è intollerabile l'inerzia legislativa, perché mai la Corte non ha trattenuto presso di sé la questione, obbligando il legislatore ad intervenire, comminando le conseguenze che seguiranno a data certa ad una sua inerzia? In definitiva il giudice di legittimità costituzionale sembra qui ripetere le cadenze della motivazione della sua [ordinanza n. 207 del 2018](#): esigenza di una valutazione in prima battuta del legislatore, l'intollerabilità della situazione di illegittimità costituzionale. Non c'è modo di capire perché stavolta si ritenga di procedere diversamente.

La Corte, in effetti, dà risposte perlopiù apodittiche. Invero, afferma che un suo intervento potrebbe generare "disarmonie", e ciò solo è sufficiente per i giudici della Consulta per abdicare al loro ruolo di garanzia della legittimità costituzionale.

Disarmonie che, del resto, si verrebbero comunque a generare nel caso di inerzia legislativa se e quando una questione analoga busserà alle porte della Consulta. Ma se il rischio di creare disarmonie deve imporre alla Corte di arrestare il suo sindacato di costituzionalità, come giustificherà il suo futuro intervento in sede di "esecuzione" del monito qui formulato? Come si è più volte cercato di evidenziare, gli effetti sul piano del diritto oggettivo sono identici nei casi di intervento con doppia pronuncia (pronuncia di inammissibilità con monito e successiva sentenza di accoglimento) e di intervento con ordinanza "condannatoria" seguita da sentenza di accoglimento nell'ambito del medesimo processo. Ciò che cambia è lo *standard* di tutela *medio tempore* garantito, specie, ma non solo, con riferimento ai soggetti del giudizio *a quo*.

Non viene data alcuna spiegazione logico-giuridica a questo *self restraint* tutto a danno dei diritti di primario rilievo che la Corte era chiamata a garantire.

La [sentenza n. 33 del 2021](#), invece, si è occupata della tutela del minore nato da surrogazione di maternità all'estero (ove la *lex loci* consente tale pratica) rientrato in Italia<sup>111</sup>. Ancora una volta il nocciolo della questione è il riconoscimento del rapporto di filiazione non tanto ai fini del soddisfacimento di una pretesa alla genitorialità, quanto ai fini di salvaguardare il *best interest* del minore, il quale necessita il riconoscimento di un legame giuridico idoneo a generare una posizione di responsabilità genitoriale in capo ad entrambi i genitori, quello biologico e quello intenzionale.

La Corte in questa pronuncia svolge delle argomentazioni del tutto sovrapponibili a quelle espresse nella [sentenza n. 32](#) del medesimo giorno. Senonché vi è un dato che spinge la Corte a formulare un monito ben più blando: i riflessi extra-penalistici sulla nozione di "ordine pubblico" dell'illiceità penale della surrogazione di maternità (art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004)<sup>112</sup>.

La circostanza che nel nostro ordinamento la gestazione per altri sia sottoposta a divieto penale, infatti, imporrebbe, nonostante la prevalenza del diritto del minore, di operare un «bilanciamento tra gli interessi del bambino e la legittima finalità di disincentivare il ricorso a una pratica che l'ordinamento italiano considera illegittima e anzi meritevole di sanzione penale»<sup>113</sup>.

Cionondimeno la Corte sottolinea come una tutela per il minore debba comunque essere riconosciuta e che, come già affermato nella [sentenza n. 32 del 2021](#), da un lato, l'adozione in casi particolari non è idonea a garantire adeguatamente i diritti del bambino e, dall'altro, che il vuoto di tutela si traduce in una strumentalizzazione della persona umana a fini altri, in piena violazione dell'art. 2 Cost. e, più in generale, del "principio" di dignità umana.

---

<sup>111</sup> Circostanza, questa, che se da una parte non consente la punizione della condotta dei genitori, dall'altra comunque collide con un principio di ordine pubblico internazionale (come da ultimo affermato da Cass. SS.UU., 8 maggio 2019, n. 12193) di guisa che sia impedito il riconoscimento dell'atto formatosi all'estero di riconoscimento della genitorialità.

<sup>112</sup> Peraltro, senza interrogarsi sulla legittimità costituzionale di tale reato, né sotto il profilo della ragionevolezza e dell'offensività di un divieto penale che sanziona *tout court* la surrogazione di maternità, né sotto il profilo del rispetto del principio di determinatezza, dacché, come non ha mancato di rilevare la dottrina penalistica che più si è occupata del tema (cfr. A. VALLINI, *Surrogazione di normatività. L'impianto dello sterile delitto di "gestazione per altri" in argomentazioni privatistiche*, in [disCrimen](#), 15.10.2020, 14 ss.), l'art. 12, comma 6, l. n. 40 del 2004 non pare affatto spendersi nella descrizione del fatto tipico.

<sup>113</sup> Corte cost. [sent. n. 33 del 2021](#), par. 5.6. cons. in dir.

Così la Corte, arrestando il proprio sindacato, rimette al legislatore la questione, affinché esso possa operare scelte ponderate e sistematiche, poiché solo a questo spetta il compito di scegliere, almeno in prima battuta. Il Parlamento, dunque, dovrà trovare una forma di tutela della relazione affettivo-patrimoniale del figlio con entrambi i genitori che non sia l'adozione non legittimante, ma che, al contempo, non necessariamente deve consistere nell'adozione piena<sup>114</sup>.

Ancora una volta, però, non viene data alcuna spiegazione in riferimento all'inidoneità (o inopportunità) dello schema della pronuncia di incostituzionalità prospettata.

### 5. Riflessioni conclusive.

Un primo dato che può trarsi da questa recente giurisprudenza è l'assoluta incertezza circa i criteri con cui la Corte sceglie di adottare gli strumenti processuali che ha a disposizione. Questo impiego ai limiti dell'arbitrio, a ben vedere, è strettamente connesso alla forza di limite ricoperto dalle cc.dd. "rime obbligate".

La Corte, difatti, sembrerebbe mostrare di avere un rapporto problematico con le rime obbligate: in un primo momento adotta uno strumento particolarmente incisivo, ma che al contempo tende a tutelare la discrezionalità del Parlamento; in un secondo momento supera *de plano* l'assenza di rime obbligate; in un terzo momento, torna allo strumento del monito, ora forte, ora meno forte; infine, replica la tecnica inaugurata con l'[ordinanza 207 del 2018](#).

In generale, tuttavia, può notarsi una certa tendenza della Consulta a non considerare insuperabile la discrezionalità legislativa e ciò invita a riflettere ancora sul ruolo della Corte costituzionale e sulla sua natura ora politica, ora giurisdizionale, con la consapevolezza che le risposte si assesteranno, senza dubbio, ancora in una zona grigia. Ma, giova rimarcarlo, prescindendo dall'incidenza dei casi concreti, l'anima giurisdizionale risulterebbe tuttora fortemente connotante il nostro modello di giustizia costituzionale.

Già con i tradizionali moniti, seguiti da sentenza di accoglimento, la Corte adottava decisioni politiche al pari di quelle assunte con la sentenza sul "caso Cappato", ma quest'ulteriore passo può comunque avere l'effetto di spostare ancora oltre l'ago della bilancia<sup>115</sup>, soprattutto constatando anche il mutato atteggiamento della Corte in ambito penale, fortemente connotato dalle scelte discrezionali di politica criminale del Parlamento, rispetto al quale il sindacato di costituzionalità tende a farsi sempre più effettivo e penetrante.

---

<sup>114</sup> Anche l'ordinamento convenzionale, infatti, non pretende necessariamente né la trascrizione dell'atto formato all'estero di riconoscimento della filiazione, né l'adozione piena quando il bambino sia stato generato con surrogazione di maternità. La *Grand Chambre*, chiamata ad esprimere un parere consultivo non vincolante ai sensi del Protocollo 16 (peraltro non ancora dichiarato esecutivo dall'Italia), ha affermato che, al cospetto dell'ampio margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati, ciò che va necessariamente garantito è un procedimento rapito che assicuri un rapporto pieno col minore (*Avis Consultatif* del 10 aprile 2019, su domanda n. P16-2018-001 della Corte di Cassazione francese). Dunque, al legislatore il compito di congegnare uno strumento di tutela non subordinato né al consenso dell'altro genitore né all'iniziativa dell'adottante e, inoltre, che renda più pieno il rapporto genitore-figlio rispetto a quanto non consenta oggi l'adozione in casi particolari di cui all'art. 44 della legge n. 184 del 1983. Sul tema, anche con particolare riferimento all'impiego (implicito) del parere come norma interposta, v. E. ALBANESI, [Un parere della Corte EDU ex Protocollo n. 16 alla CEDU costituisce norma interposta per l'Italia, la quale non ha ratificato il Protocollo stesso?](#), in questa [Rivista, retro](#), 232 ss.

<sup>115</sup> Preoccupati i rilievi di A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore*, cit., 4 nel commentare la [sentenza n. 242 del 2019](#), per il quale si è avuta la completa maturazione, senza molti mascheramenti, della «conversione di un giudice, sia pure del tutto peculiare, qual è la Corte, in un legislatore allo stato puro».

L'accostamento col giudizio di ottemperanza instaurabile nell'ambito del processo amministrativo di cui si è dato precedentemente conto, nonostante possa apparire per certi versi forzato, potrebbe risultare idoneo a respingere l'idea critica per cui la Corte si è fatta legislatore<sup>116</sup>.

In definitiva, infatti, simili censure che possono essere mosse al Giudice di legittimità costituzionale potrebbero essere mosse al giudice di legittimità amministrativa.

Invece, al contrario, il giudizio di ottemperanza del Codice del processo amministrativo è sempre stato salutato con forte favore da dottrina e giurisprudenza.

La dottrina ha ravvisato in ciò lo strumento, eccezionalmente efficace ed opportuno, per porre fine a vuoti di tutela del cittadino contro le condotte abusive dell'Amministrazione, dunque indispensabile e fisiologico per salvaguardare pienamente il principio dello Stato di diritto<sup>117</sup>.

E la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la necessità costituzionale di questo strumento.

In un passato non molto lontano la "immunità" di cui godeva l'Amministrazione mai avrebbe tollerato un controllo tanto penetrante da parte di un organo giurisdizionale (quandanche speciale)<sup>118</sup>.

Oggi è considerato invece un controllo irrinunciabile in nome di un principio di civiltà quale è il principio di legalità e dello Stato di diritto.

Ecco allora che, forse, suddetto accostamento, tanto forzato non è più.

Dunque, *mutatis mutandis*, questa inedita tecnica decisoria può essere salutata con favore (abbandonando l'idea di "immunità" del legislatore) come indispensabile strumento di garanzia del principio dello Stato costituzionale di diritto e, quindi, come mezzo necessario alla pienezza e all'effettività del sindacato giurisdizionale di legittimità costituzionale.

Non paiono così insuperabili, benché mantengano comunque una certa efficacia, neppure le argomentazioni che muovono dalla, pur evidente, differenza fra l'Amministrazione, espressione del potere esecutivo, e il Parlamento, espressione del potere legislativo.

Quest'ultimo elemento della classica triade dei poteri dello Stato troppo a lungo è stato affiancato al concetto di sovranità (parlamentare o popolare) come connotato del Parlamento.

Appare necessario, invece, tenere ben distinti i piani in uno Stato costituzionale di diritto. Il Parlamento è sì il primo e massimo organo di rappresentanza della sovranità popolare, ma quest'ultima, com'è ormai assodato, non è illimitata.

La sovranità non si esprime più solo attraverso la via della rappresentanza parlamentare, ma, come ricorda l'art. 1, comma 2, della Costituzione<sup>119</sup>, anche mediante gli approdi irrinunciabili della Carta fondamentale, soprattutto in termini di libertà fondamentali della persona.

È indispensabile, allora, abbandonare quell'idea di "immunità" che deriva dal concetto stesso di sovranità parlamentare in quanto, oramai, dalla metà del secolo scorso in avanti, l'unico sovrano è il popolo e la sua Costituzione<sup>120</sup>, non già il Parlamento.

---

<sup>116</sup> Giovando, dunque, anche a temperare quello "scivolamento" verso un sistema sempre più lontano dai tradizionali pilastri del modello di *civil law*, messo in luce ormai da ampia dottrina, fra cui merita ricordare M. DOGLIANI, *L'amministrazione dei diritti fondamentali: un insolubile dilemma costituzionale*, in *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, cit.

<sup>117</sup> Cfr. recentemente F. TAORMINA, *L'ottemperanza al giudicato. La giustizia nell'Amministrazione*, in [Ratio Juris](#), 12 gennaio 2018, ma v. anche M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudizio amministrativo*, cit. C.E. GALLO, *Ottemperanza (giudizio di) (dir. proc. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2008 e M. LIPARI, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, Relazione al 56° Convegno di Studi amministrativi, Varenna, 23-25 settembre 2010, in [Federalismi.it](#), 2010.

<sup>118</sup> Che il problema del sindacato giurisdizionale sul potere esecutivo-amministrativo sia da affrontare superando l'idea di riconoscere una sfera di immunità all'Amministrazione, la quale rischia di rappresentare un elemento viziante i presupposti di un ragionamento laico è stato segnalato da autorevole dottrina, cfr. A. TRAVI, *Giurisdizione ed amministrazione. Rileggendo Edoardo Garbagnati*, in *Jus*, 1, 2014, 3 ss.

<sup>119</sup> Nella parte in cui dà suprema valenza ai limiti che la Costituzione pone al potere esercitabile dal popolo.

Ed è per questa ragione, in definitiva, che dovrebbe scemare quell'atteggiamento di ritrosia avverso l'espansione del sindacato (giurisdizionale) di legittimità costituzionale.

---

<sup>120</sup> Ormai celebre l'espressione "sovranità della Costituzione" di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 8 ss.