

LA “CRISI DELLA LEGGE” NELL’EVOLUZIONE DEL RAPPORTO TRA “DIRITTO POLITICO” E “DIRITTO CULTURALE”. LA ATTIVITÀ CREATIVA DI DIRITTO DELLA CORTE COSTITUZIONALE E DEI GIUDICI COMUNI

Roberto Romboli
Profesor Ordinario de Derecho Constitucional
Universidad de Pisa (Italia)

SUMARIO

PREMESSA.

1. *Significati di “crisi della legge” e quello assunto a base della indagine*

PARTE PRIMA. La Corte costituzionale

I. *L’attività creativa di diritto:*

1. a) *l’apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione delle regole del processo costituzionale*

2. b) *la modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità attraverso le decisioni di illegittimità costituzionale sopravvenuta*

3. c) *le sentenze di incostituzionalità ed in particolare le c.d. sentenze “manipolative” del testo della legge oggetto del controllo*

4. d) *il tentativo di imporre ai giudici una lettura della legge “oltre” il significato dalla stessa ricavabile attraverso i tradizionali strumenti dell’interpretazione*

II. *Controllo della legge o sostituzione nelle scelte del soggetto politico:*

1. a) *il rispetto della discrezionalità del legislatore*

2. b) *l’esperienza delle c.d. sentenze “di principio”*

3. c) *l’utilizzo ed il carattere pervasivo del criterio della “ragionevolezza”*

4. d) *la possibilità per il legislatore di riprodurre, con legge ordinaria o con legge costituzionale, una disposizione dichiarata incostituzionale: “a chi spetta l’ultima parola”*

III. *La natura della Corte costituzionale: 1. la storica e non risolta (o non risolubile) “ambiguità” tra il carattere “politico” e quello “giurisdizionale”*

PARTE SECONDA. I giudici comuni.

1. *Ruolo del giudice e attività creativa di diritto: la prima “rivoluzione” a seguito dell’entrata in vigore della Costituzione e del funzionamento della Corte costituzionale*

2. *La tutela dei diritti fondamentali da parte dei giudici, nell’assenza della legge, attraverso l’applicazione diretta della Costituzione*

3. *La creazione di diritto attraverso l’attività interpretativa del giudice e la progressiva valorizzazione della stessa da parte della Corte costituzionale*

4. *La seconda “rivoluzione” a seguito della realizzazione dell’ordinamento comunitario: il potere del giudice di disapplicare (o non applicare) la legge*

5. *La produzione del diritto da parte dei giudici: forme, modalità e legittimazione rispetto alla produzione del diritto da parte dei soggetti politici*

6. *Il conflitto tra poteri sollevato dalle camere nei riguardi della sentenza della cassazione sulla vicenda Englaro*

PREMESSA

1. Significati di “crisi della legge” e quello assunto a base della indagine

Il presente scritto si pone lo scopo di esaminare, con particolare riguardo alle vicende italiane, il tema generale della “crisi della legge” sotto lo specifico aspetto della valorizzazione di quello che viene definito come “diritto culturale” a scapito del “diritto politico”¹, verificatosi a seguito del passaggio dallo stato di diritto allo stato costituzionale e della creazione di un sistema di controllo di costituzionalità della legge e degli atti aventi forza di legge.

Anche di recente di “crisi della legge”, come trasformazione rispetto al modello della legge che fu², si è parlato in tre differenti significati, vale a dire nel senso di:

a) tramonto della concezione mistica della legge come suprema manifestazione di volontà dello Stato, causa la superiorità della Costituzione e la soggezione della legge al controllo di costituzionalità, che determina, unitamente al carattere pluralistico delle fonti prefigurato dalla Costituzione, la crisi dello stesso modello tradizionale delle fonti;

b) alterazione della funzione della legge che da generale e astratta diviene sempre più legge di tipo settoriale per la redistribuzione delle risorse e la eliminazione delle disuguaglianze (c.d. amministrativizzazione della legge);

c) crisi delle istituzioni e della legge parlamentare, determinata a seguito dell’uso ed abuso dell’istituto del referendum abrogativo, della decretazione d’urgenza, della delega legislativa e del processo di delegificazione³.

Il significato che prenderemo a base della nostra analisi è essenzialmente il primo dei tre sopra indicati, al fine di evidenziare la valorizzazione e l’espansione

1. Per la contrapposizione tra “diritto politico” e “diritto culturale” e l’esatta definizione dei medesimi v. Pizzorusso, Fonti “politiche” e fonti “culturali” del diritto, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979, I, 327 ss.

2. Per questa espressione v. Modugno, A mo’ di introduzione. *Considerazioni sulla “crisi” della legge, in Trasformazioni della funzione legislativa. II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 1 ss. il quale contrappone in tal senso la “crisi della legge” alla “legge della crisi”, vale a dire ciò che la legge è diventata.

3. In tal senso Sorrentino, “Le fonti del diritto amministrativo”, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Santaniello, Padova, 2004, 8 ss.

sione che dalla concreta realizzazione del controllo di costituzionalità delle leggi è derivata a favore del diritto culturale, sia con riguardo all'attività più specificamente della Corte costituzionale, che ha consentito di rivalutare l'elemento razionale rispetto a quello volontaristico delle fonti del diritto, sia a quella, per molti versi connessa, dei giudici comuni.

Se attraverso ed a seguito del fenomeno della codificazione il diritto era venuto in qualche misura a ridursi e ad identificarsi nella legge, configurando il ruolo del giudice quale quello di "bocca della legge", la realizzazione del controllo di costituzionalità, ha consentito di recuperare il significato ed il valore del diritto giurisprudenziale, "erodendo la crociata giuspositivista che aveva cercato di imporre il diritto legislativo come l'unico vero diritto"⁴ e producendo un innegabile avvicinamento del nostro sistema di *civil law* a quello di *common law*, fondato sul principio dello *stare decisis*.

Nessuno oggi esclude infatti la natura in larga misura "creativa" dell'attività del giudice e pure se l'efficacia delle sue decisioni è, di regola, limitata alle parti del giudizio, è innegabile l'effetto di precedente che queste vengono a svolgere, con efficacia non vincolante, ma persuasiva⁵ ed è da intendere che le particolari garanzie di autonomia-indipendenza-imparzialità che la Costituzione riconosce a favore dei giudici siano state previste proprio in considerazione della particolare attività, anche "creativa" del diritto, che questi sono chiamati a svolgere⁶, sia nella loro ordinaria attività di interpretazione della legge, sia, come vedremo, nella diretta applicazione dei principi costituzionali.

PARTE PRIMA. La Corte costituzionale.

I. L'attività creativa di diritto:

1. a) l'apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione delle regole del processo costituzionale

Nell'esame della creazione giurisprudenziale del diritto, procederò analizzando dapprima una serie di aspetti relativi all'attività della Corte costituzionale e quindi, successivamente, a quella dei giudici comuni.

4. Così Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998, 2° ediz., 378

5. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 1977, 525 ss. ed Autori ivi citati, tra i quali specialmente gli scritti di Gino Gorla.

6. Si vedano sul punto le osservazioni di Pizzorusso, Introduzione, in *L'ordinamento giudiziario. Testi a cura di A. Pizzorusso*, Bologna, 1974, 51 ss.

Con riguardo al primo aspetto saranno in particolare presi in considerazione: a) la creazione, da parte del Giudice costituzionale, di regole processuali per i giudizi costituzionali, b) la modulazione degli effetti temporali delle dichiarazioni di incostituzionalità, c) la pronuncia di sentenze c.d. manipolative ed infine d) la più recente giurisprudenza, attraverso la quale la Corte sembra indicare ai giudici una lettura delle disposizioni legislative impugnate che vada oltre il significato letterale delle stesse, attraverso vere e proprie “sentenze-leggi”.

Sotto il primo profilo (*sub a*), in varie occasioni la dottrina costituzionalistica si è interrogata, soprattutto in questi ultimi anni, circa il grado di vincolatività che le disposizioni processuali assumono per il Giudice delle leggi, in considerazione della natura dello stesso e del tipo di attribuzioni ad esso riconosciute e, conseguentemente, anche sulla possibilità di un apporto della giurisprudenza costituzionale alla formazione delle stesse regole processuali⁷.

Certamente non possono essere trascurate o non adeguatamente valutate le caratteristiche e le particolarità proprie del processo costituzionale e dell'organo davanti al quale esso si svolge, che non può essere inquadrato interamente nella figura del giudice senza perdere buona parte del suo ruolo e del suo operare nel nostro sistema costituzionale.

Proprio in considerazione di tali particolarità non può negarsi la possibilità, ed anche l'opportunità, di un apporto della stessa Corte costituzionale, attraverso la propria giurisprudenza e nei limiti ad essa consentiti, alla elaborazione delle regole procedurali attraverso un'integrazione della disciplina per molti versi lacunosa del processo costituzionale ed un'interpretazione delle disposizioni in materia spesso tutt'altro che chiare ed univoche⁸.

7. Sulla formazione, valore e grado di vincolatività delle norme sul processo costituzionale, v. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA. VV., *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 63; Zagrebelsky, *Diritto processuale costituzionale?*, ivi, 105; Romboli, “Significato e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale”, in *Quaderni dell'associazione di studi e ricerche parlamentari*, Milano, 1992, 2, 41 ss.; M. D'Amico, *Giustizia e processo costituzionale*, Jus, 1994, 49; Bignami, *Considerazioni introduttive su processo costituzionale e giustizia costituzionale*, ivi, 83; Angiolini, *Processo giurisdizionale e processo costituzionale*, Cerri, *Note in tema di giustizia costituzionale*, 1082 e Romboli, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I, 1084, 1082 e 1090; Pizzorusso, *Uso e abuso del diritto processuale costituzionale*, in Bessone (cur.), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 133.

8. In proposito è stato osservato come spesso la dottrina mostri eccessiva acquiescenza ai risultati raggiunti dalla giurisprudenza costituzionale, la quale finirebbe per essere esaltata come *ius receptum*, con la conseguenza che la causa della mancata elaborazione di categorie processuali proprie del giudizio costituzionale sarebbe da rinvenire nello scarso peso che la giurisprudenza costituzionale ha asse-

L'apporto decisivo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della disciplina "vivente" del processo costituzionale si è d'altra parte manifestata fin dai primi anni di funzionamento, basti pensare alla fondamentale presa di posizione, contenuta nella prima sentenza (n.1 del 1956), circa la sindacabilità delle leggi anteriori all'entrata in vigore della Costituzione o ancora alla delimitazione del significato e della portata della rilevanza (in cui si esprime principalmente il carattere di pregiudizialità del giudizio attivato in via incidentale) e della possibilità da parte della stessa Corte di controllare il giudizio svolto in proposito da parte del giudice *a quo*.

Sempre con riguardo ai presupposti legittimanti l'instaurazione di un processo in via incidentale sulle leggi, degna di nota è la gestione, operata dalla Corte, delle nozioni di "giudice" e di "giudizio", rispetto alle quali è possibile individuare due distinti periodi della giurisprudenza costituzionale. Il primo (1956-1971), caratterizzato da una lettura ampia ed estensiva dei due termini, ed il secondo (1971-2009) in cui assistiamo ad una chiara e netta inversione di tendenza in senso restrittivo, in evidente contrasto con alcune delle affermazioni sostenute nel periodo precedente.

Tale atteggiamento e interpretazione dei presupposti processuali risponde a momenti diversi della giustizia costituzionale in Italia, nel primo dei quali prevaleva certamente l'interesse della Corte ad allargare l'accesso al giudizio, al fine di favorire la diffusione e la realizzazione dei valori costituzionali, visti ancora da molti settori della magistratura come principi generali non immediatamente applicabili e rivolti quasi esclusivamente al legislatore. Nel secondo momento questa sensibilizzazione poteva ormai ritenersi a ragione raggiunta, per cui inizia un'opera, che si farà poi sempre più stringente, di selezione delle questioni e di precisazione più particolareggiata delle condizioni richieste per l'instaurazione del giudizio, unita ad un controllo più penetrante ed attento (a volte anche eccessivamente pignolo) della presenza delle stesse.

Ugualmente importante, soprattutto in considerazioni delle più recenti prese di posizione della Corte, l'apporto della giurisprudenza costituzionale a proposito del contraddittorio nel processo costituzionale.

nato alle formalità processuali, v. Angiolini, *La Corte senza il "processo" o il "processo" costituzionale senza processualisti?*, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di Romboli, Torino, 1991, 20 ss. e, analogamente, Pugiotto, *La "concretezza" nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in *Jus*, 1994, 110-111.

Basti pensare alla, per molti aspetti discutibile, sentenza n. 210 del 1983 con cui la Corte, dopo averlo implicitamente ritenuto per oltre venti anni, ha negato la possibilità di attribuire la qualifica di parte al presidente del consiglio dei ministri intervenuto, tramite l'Avvocatura dello Stato, nel giudizio costituzionale. Anche in questo caso la finalità appare abbastanza trasparente e consiste nella volontà di ricorrere con maggiore facilità alla camera di consiglio "per mancata costituzione delle parti", nella considerazione che molto spesso accadeva ed accade che sia presente il presidente del consiglio, mentre le parti del giudizio *a quo* non si costituiscono.

Con riferimento poi al tema, specie in certi anni assai dibattuto, relativo alla possibile presenza nel giudizio costituzionale di soggetti diversi dalle parti del giudizio *a quo* e dal presidente del consiglio dei ministri, la Corte ha tenuto per un lungo periodo una posizione di netta chiusura, escludendo la possibilità di costituirsi da parte di terzi, attraverso una giurisprudenza costante e senza rilevanti incrinature.

Successivamente, richiamandosi all'art. 24 Cost. - con ciò riconoscendo il valore e l'esistenza di un "processo" costituzionale - la Corte ha improvvisamente aperto il contraddittorio, consentendo di costituirsi o di intervenire nel processo costituzionale, oltre alle parti regolarmente costituite nel giudizio *a quo* al momento dell'emanazione dell'ordinanza di rinvio e al Presidente del consiglio dei ministri e della giunta regionale, anche a quanti abbiano un interesse diretto, strettamente collegato con quel giudizio, tale da poter essere colpito dagli effetti della sentenza della Corte costituzionale, allorché non sia stato loro possibile costituirsi nel giudizio *a quo* e la partecipazione al processo costituzionale divenga il solo modo per "difendere" le loro posizioni giuridiche soggettive e, in maniera ancora più ampia e dopo averlo escluso in moltissime occasioni negli anni precedenti, ha riconosciuto l'ammissibilità di un intervento nel giudizio di un ordine professionale allorché siano devolute alla Corte questioni di legittimità che toccano anche la sfera di competenza dell'ordine professionale stesso.

Una spiegazione del comportamento della Corte potrebbe forse essere individuata nel ruolo sempre maggiore che nei giudizi costituzionali ha ormai assunto la tecnica del c.d. bilanciamento di valori o di interessi che caratterizza forse più di ogni altro elemento l'attuale momento della giustizia costituzionale, e che sembra dover necessariamente comportare che nel processo costituzionale tutti i diversi interessi che vengono in gioco siano adeguatamente rappresentati.

Un terreno su cui si è ampiamente manifestata l'opera creativa della giurisprudenza costituzionale è costituito poi dalla tipologia delle decisioni.

In particolare il provvedimento di restituzione degli atti al giudice *a quo* ha origine esclusivamente giurisprudenziale, esso infatti non trova origine e giustificazione in una specifica disposizione, ma è essenzialmente frutto della giurisprudenza costituzionale, la quale ha, per ragioni pratiche, quasi "inventato" questo tipo di decisione.

Il rapporto poi di tale provvedimento con quello di inammissibilità è stato dalla Corte inteso diversamente, in relazione al particolare momento della giustizia costituzionale e alle esigenze ritenute di maggior importanza. Così ad un momento di maggiore collaborazione tra Corte e giudice e di maggiore incentivo a sollevare questioni di costituzionalità, corrisponde un utilizzo del primo, allorché viene riscontrato un vizio sanabile da parte del giudice *a quo*, o del secondo, quando invece manca un presupposto (ad es. atto privo della forza di legge) la cui esistenza è fuori dalla disponibilità dello stesso. L'esigenza di chiudere il maggior numero possibile di giudizi ha suggerito alla Corte di impiegare la formula della inammissibilità (la quale anziché spingere il giudice a risollevare la questione, lo induce a demordere) anche nelle ipotesi in cui fin allora aveva usato quella della restituzione degli atti, che finisce per valere solo per l'ipotesi di *ius superveniens*.

Con riguardo alla pronuncia di illegittimità costituzionale consequenziale, una semplice lettura della seconda parte dell'art. 27 l. 87/53 ("essa dichiara, altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata") mostra, in maniera quasi inequivocabile, come l'impiego fatto dalla Corte di tale pronuncia sia senza dubbio *contra legem*, quest'ultima intesa sia in una accezione letterale che nella sua collocazione nel sistema di instaurazione del giudizio costituzionale incidentale. La Corte infatti è giunta a dichiarare l'illegittimità costituzionale consequenziale di altra disposizione o fattispecie normativa, analoga o simile, sul presupposto della ricorrenza della stessa violazione costituzionale accertata nei confronti della disposizione impugnata *principaliter*.

Con riferimento alla decisione di manifesta infondatezza, essa viene utilizzata per un lungo numero di anni quasi esclusivamente ad indicare una questione già affrontata e decisa negli stessi termini o palesemente priva di qualsiasi fondamento, mentre un uso assai diverso si inizia ad avere negli anni del c.d. smaltimento dell'arretrato e continua per buona parte ancora oggi.

Il fatto che la Corte abbia impiegato la manifesta infondatezza, per inconsistenza della questione accertabile *ictu oculi*, in un numero di casi oltre cinque volte superiori a quelli per cui era stata applicata nei trenta anni precedenti, mostra *per tabulas* come la Corte abbia gestito la nozione di manifesta infondatezza in maniera alquanto libera, in particolare al fine di raggiungere lo scopo prefissosi dell'eliminazione delle questioni pendenti.

Si aggiunga, per concludere, tutta la serie di dispositivi creati dalla Corte al fine di dotarsi, sull'esempio di quanto avviene in altre esperienze continentali di giustizia costituzionale, di tecniche decisorie ulteriori e più sofisticate, tra cui quelle attraverso le quali ha voluto modulare gli effetti temporali delle decisioni di accoglimento (c.d. pronunce di illegittimità costituzionale sopravvenuta, sulle quali torneremo tra poco), giungendo in alcuni casi addirittura a rendere la dichiarazione di incostituzionalità non operante per il giudizio nell'ambito del quale l'eccezione era stata sollevata. In altri casi, in considerazione della particolarità della questione ad essa sottoposta e delle conseguenze di una pronuncia di illegittimità costituzionale, ha rilevato la "incompatibilità" della disciplina impugnata con la Costituzione, ma ha poi concluso per l'infondatezza o addirittura per la inammissibilità e, successivamente, ha sperimentato le decisioni c.d. additive di principio, attraverso le quali viene dichiarata l'incostituzionalità delle norme impuginate ed introdotto un principio rivolto sia al legislatore che al giudice.

Innegabile, ed aggiungerei ineliminabile, quindi l'importanza dell'apporto alla determinazione della disciplina processuale fornito dalla giurisprudenza costituzionale, proprio in considerazione del ruolo che la Corte svolge nel nostro sistema costituzionale, delle attribuzioni a questa riconosciute e del modo come il giudizio costituzionale sulle leggi si è venuto concretamente a realizzare.

Il riconoscimento della legittimità di un importante e concreto apporto della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della disciplina processuale non può d'altra parte significare libertà di scegliere ora l'una ora l'altra interpretazione della disposizione processuale, a seconda del caso su cui la Corte si deve pronunciare, il che equivarrebbe a negare qualsiasi valore e significato alle regole processuali.

Si può concordare sul fatto che il processo costituzionale, in conseguenza del suo particolare oggetto e quindi dell'interesse generale ad esso sotteso, è un tipo di processo assai particolare, tale da non poter utilizzare *sic et simpliciter* e senza adeguati adattamenti le categorie processuali elaborate con riferimento ad altri tipi di processo, disegnati per differenti scopi e ragioni, come è possibile riscon-

trare in ordine al concetto di "parte", di "interesse a ricorrere", di "intervento", di "pregiudizialità", di "principio del chiesto e pronunciato" ecc.

Si può altresì essere d'accordo sulla necessità di una interpretazione ampia delle disposizioni processuali da parte della Corte e sul considerare quindi le stesse caratterizzate da una certa flessibilità, in modo da riconoscere alla Corte un qualche margine di discrezionalità nella sua applicazione.

Detto questo parrebbe però potersi e doversi richiedere una coerenza nell'uso di tale discrezionalità, in modo da creare una uniformità di comportamento, in presenza delle stesse condizioni e di obbligare la Corte, allorquando intenda decidere diversamente, quanto meno a motivare il proprio comportamento, che viene a porsi in contrasto con un indirizzo da essa stessa instaurato e seguito in generale.

Il richiamo alla necessità del rispetto delle regole processuali sta a significare tutela di un valore, a nostro avviso, assai importante per un organo svolgente attività giurisdizionale e a garanzia del quale le norme processuali sono appunto principalmente dettate, intendiamo riferirci alla prevedibilità, per i destinatari della decisione costituzionale, di quello che, nelle stesse condizioni e sulla base degli stessi presupposti, sarà il comportamento processuale della Corte, alla possibilità cioè di "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"⁹.

2. b) la modulazione degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità attraverso le decisioni di illegittimità costituzionale sopravvenuta.

Per quanto concerne il secondo aspetto (sub b), la Corte costituzionale ha sperimentato per alcuni anni un tipo di decisione (le c.d. sentenze di illegittimità costituzionale sopravvenuta), attraverso le quali essa tende appunto a dilazionare nel tempo gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità, in chiara deroga a quanto espressamente stabilito dalla legge.

A proposito di tali applicazioni giurisprudenziali, pare necessario distinguere tra quella che potremmo chiamare la illegittimità costituzionale sopravvenuta in senso stretto o in senso proprio e quella che invece giunge allo stesso risultato di limitare l'efficacia retroattiva delle dichiarazioni di incostituzionalità attraverso un bilanciamento tra i diversi valori costituzionali che vengono concretamente in giuoco.

9. Elia, Considerazioni sul tema, in Giudizio "a quo" cit., 98; in proposito pure Carrozza, "Il processo costituzionale come processo", in *La giustizia costituzionale* cit., 63 ss., spec.69-70.

Le due ipotesi, normalmente accumulate nello stesso fenomeno della illegittimità costituzionale sopravvenuta e in tal senso presentate anche dalla stessa Corte costituzionale, meritano invece di essere mantenute separate, in quanto, almeno concettualmente, assai diverse e soprattutto produttive di conseguenze diverse in ordine alla loro operatività nel processo costituzionale.

Attraverso la prima (illegittimità sopravvenuta in senso stretto) la Corte afferma che una determinata disciplina, conforme al dettato costituzionale al momento della sua entrata in vigore, è divenuta incostituzionale solo successivamente, a seguito del sopraggiungere di avvenimenti posteriori, per cui l'effetto della dichiarazione di incostituzionalità deve decorrere dal momento in cui tale condizione si è effettivamente verificata¹⁰.

La deroga alle regole generali relative agli effetti delle sentenze di accoglimento deriva quindi dal fatto che la legge impugnata perde la sua efficacia, non dal giorno della sua entrata in vigore, ma da un momento successivo (quello in cui è divenuta incostituzionale), mentre resta rispettato il principio secondo cui essa, con tale limite, non può trovare applicazione nel giudizio *a quo* e in tutti i giudizi ancora pendenti in cui di tale legge si deve fare applicazione¹¹.

Nella seconda ipotesi invece (bilanciamento di valori) la Corte, nella considerazione che la dichiarazione di incostituzionalità di una legge, nel tutelare e garantire certi valori, produrrebbe contemporaneamente effetti negativi rispetto ad altri valori, anch'essi meritevoli di tutela a livello costituzionale, differisce l'efficacia della propria pronuncia in maniera da ridurre o eliminare tali effetti negativi e indica quindi un termine a partire dal quale la disposizione impugnata deve ritenersi incostituzionale. In questo caso il *vulnus* alle normali regole sull'efficacia delle sentenze di accoglimento è indubbiamente maggiore, in quanto può condurre a dover considerare la norma dichiarata incostituzionale ancora applicabile nel giudizio *a quo* e/o nei giudizi pendenti¹².

Le due ipotesi sopra riassuntivamente richiamate sembrano poi conseguentemente differire tra di loro anche per quanto riguarda l'individuazione, da parte della Corte, del *dies a quo*, a cui far riferimento per ricollegarvi gli effetti della decisione di accoglimento.

10. Si vedano, tra le altre, Corte cost. 71, 72, 80, 105, 370/1996, 78/1997.

11. Cfr. Corte cost. 71, 72, 80, 105, 370/1996, 78/1997.

12. Corte cost. 266/1988, 50, 398/1989, 416/1992.

Nel primo caso infatti esso, coincidendo con il momento in cui la legge è divenuta, per tutti ed a tutti gli effetti, incostituzionale, parrebbe doversi ricavare interamente all'interno della questione di costituzionalità ad essa sottoposta e dal materiale normativo a disposizione della Corte.

Nel secondo caso invece, dovendosi bilanciare tra di loro diversi, e nella specie contrapposti, valori costituzionali e individuare il punto di minore sofferenza per entrambi, la Corte gode indubbiamente di una maggiore discrezionalità, difficilmente suscettibile di controllo, se non quello relativo alla sua "ragionevolezza"¹³.

Il tema della modulazione nel tempo degli effetti delle decisioni costituzionali, anche in conseguenza dei surricordati "esperimenti" da parte della giurisprudenza costituzionale, è stato oggetto di molti ed approfonditi interventi in dottrina¹⁴, anche in considerazione delle analoghe esperienze compiute da altre Corti¹⁵.

13. Nel progetto predisposto, nel 1997, dalla commissione bicamerale per le riforme costituzionali, il quale prevedeva una pressoché totale riscrittura dell'intera seconda parte della Costituzione (e che poi non ha terminato il suo iter parlamentare) era stabilita la possibilità, per la Corte costituzionale, di differire fino ad un anno gli effetti delle sentenze di accoglimento, mentre si era ritenuto di non introdurre nel Progetto la facoltà della corte di limitare gli effetti retroattivi delle proprie decisioni, in quanto si sarebbe così introdotto una deroga di carattere eccessivamente ampio al principio generale che impedisce di applicare a tutti i rapporti ancora "giustiziabili" le norme dichiarate incostituzionali.

14. Sulla modulazione degli effetti della dichiarazione di incostituzionalità nel tempo, v. L. Pegoraro, *La Corte e il parlamento: sentenze indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987; AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte anche con riferimento alle esperienze straniere*, Milano, 1988; M. D'Amico, *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993; R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993; A. Pace, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1997, 444; Politi, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997; Celotto, *Corte costituzionale e legislatore. Riflessioni sugli interventi normativi volti a limitare l'efficacia nel tempo di decisioni di incostituzionalità*, in *Trasformazioni della funzione legislativa*, a cura di Modugno, Milano, 1999, I, 97 ss.; Siclari, *Effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, 1778ss.; L. A. Mazzaroli, *Il giudice delle leggi tra predeterminazione costituzionale e creatività*, Padova, 2000; M. Ruotolo, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000.

15. Ci si riferisce, in particolare, alle Corti tedesca e austriaca, che vedono ora tuttavia disciplinato legislativamente il relativo potere di "differimento" degli effetti delle rispettive sentenze: si tratta delle sentenze di "non conformità costituzionale" previste dall'art. 31 c. 2 della legge sulla corte tedesca e delle sentenze di c.d. "pura incostituzionalità" di cui all'art. 140 c. 3 della Costituzione austriaca, che riconosce alla Corte il potere di differire l'efficacia dell'annullamento (in caso di sentenza di accoglimento) sino ad 1 anno. E' interessante notare che analogo potere la Corte austriaca si vede riconosciuto con riferimento alle sentenze di accoglimento emesse in caso di impugnazione diretta o incidentale dei regolamenti nel corso di un giudizio: in tal caso, ove sia disposto il differimento, si precisa (art. 60, c. 1) che comunque l'atto non trova applicazione al caso deciso dal giudizio a quo (soluzione certo "equa", ma difficile da giustificare "istituzionalmente" ...).

Certamente la suddetta innovazione può essere vista con favore per la parte in cui sembra poter liberare la Corte costituzionale dalla eccessiva preoccupazione degli effetti delle proprie decisioni di accoglimento, a scapito dei diritti costituzionali da tutelare, anche se, per altri versi, non può non porre una serie di interrogativi circa la “sopportabilità” della stessa dal nostro sistema di controllo delle leggi.

Innanzitutto una simile previsione comporta il riconoscimento alla Corte di un potere che pare sottrarsi a qualsiasi tentativo di fissazione di criteri e presupposti, assumendo le caratteristiche di un potere assolutamente discrezionale, molto più simile a quello proprio del legislatore (sebbene *ad interim*) che non a quello di un giudice. Inoltre la dichiarazione di incostituzionalità con sospensione degli effetti viene a porsi in chiaro contrasto con il carattere incidentale del giudizio ed il sistema della pregiudizialità costituzionale. Il giudice che ha sospeso il giudizio, in attesa della decisione della Corte, in quanto ha ritenuto che la disposizione di legge da applicare nel suo giudizio potesse porsi in contrasto con la Costituzione, si vedrebbe cioè, nonostante che la Corte abbia accolto il suo dubbio, ad applicare nel giudizio *a quo* la disposizione dichiarata incostituzionale, in ragione della dilazione degli effetti decisa dalla Corte. D'altra parte la previsione di una sorta di “premio” per il giudizio *a quo* sarebbe difficilmente conciliabile con il rispetto del principio di eguaglianza e sarebbe comunque particolare la situazione di una disposizione che tutti ormai sanno essere incostituzionale, ma che dovrebbe continuare ad essere osservata come legge dello Stato ancora per un anno o più.

La dilatazione degli effetti nel tempo ha in fondo lo scopo di dare al legislatore il tempo per intervenire e quindi la sua validità viene in definitiva a dipendere dalla solerzia di questi.

3. c) le sentenze di incostituzionalità ed in particolare le c.d. sentenze “manipolative” del testo della legge oggetto del controllo.

Circa l'aspetto indicato per terzo (*sub c*), l'art. 136, 1° comma, della nostra

A seguito della revisione costituzionale operata con l. cost. 23 luglio 2008 n. 724 che ha previsto il controllo successivo in via incidentale sulle leggi, la Costituzione francese (art. 62) riconosce un ampio potere discrezionale al Conseil constitutionnel nel determinare gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità sia per il passato che per il futuro (“Una disposizione dichiarata incostituzionale, ai sensi dell'art. 61-1 [giudizio in via incidentale], è abrogata a partire dalla pubblicazione della decisione del Conseil constitutionnel o da altra data successiva fissata in tale decisione. Il Conseil constitutionnel stabilisce le condizioni ed i limiti in presenza dei quali gli effetti prodotti da tale disposizione possono essere sanati”).

Costituzione prevede che “quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge e di un atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione”.

Da ciò parrebbe del tutto corretta e condivisibile la posizione di quanti ritengono che le sentenze di accoglimento della Corte siano qualificabili come fonti del diritto¹⁶.

La previsione costituzionale faceva però con ogni probabilità riferimento ad ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità totale, tale cioè da cancellare la disposizione dall’ordinamento, mentre nella realtà la Corte ha fatto sovente un particolare utilizzo delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale della legge attraverso quelle che vengono comunemente definite le sentenze “manipolative”¹⁷, così dette ad indicare che, con esse, la Corte procede ad una modificazione ed integrazione delle disposizioni sottoposte al suo esame, in modo che queste escono dal giudizio costituzionale con una portata normativa ed un contenuto diverso da quello originario. Tra le decisioni manipolative si pone poi un’ulteriore distinzione tra le pronunce di tipo “additivo” e quelle di tipo “sostitutivo”.

Con le prime si fa riferimento a quel tipo di pronuncia con la quale la Corte dichiara incostituzionale una certa disposizione, in quanto omette di dire qualcosa (“*nella parte in cui non prevede che*”). Così ad esempio può dichiarare l’incostituzionalità di una disposizione del codice di procedura penale, per la parte in cui non prevede che determinati atti siano svolti alla presenza del difensore dell’imputato, con il risultato che, a seguito di tale pronuncia, sarà obbligatoria la presenza del difensore anche per l’espletamento di attività per le quali, nella formulazione originaria della legge, essa non era prevista.

16. Cfr. Pizzorusso, *La manutenzione del libro cit.*, 122 ss., il quale esamina le principali tesi contrarie a tale qualificazione e le ragioni sulle quali esse si fondano.

17. Sulle decisioni manipolative, v. G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, I, 1684; L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, Padova, 1985, I, 299; Carnevale, Modugno, *Sentenze additive, soluzione costituzionalmente obbligata e declaratoria di inammissibilità per mancata indicazione del verso della richiesta addizione*, in *Giur. cost.*, 1990, 519; A. Pizzorusso, *Tutela dei diritti costituzionali e copertura finanziaria delle spese*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, 262; C. Colapietro, *Le sentenze additive e sostitutive della Corte costituzionale*, Pisa, 1991; G. D’Orazio, *Le sentenze costituzionali additive tra esaltazione e contestazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 61; E. Grosso, *Sentenze di spesa “che non costino”*, Torino, 1992; AA.VV., *Le sentenze della Corte costituzionale e l’art. 81 u.c. della Costituzione*, Milano, 1993; A. Pugiotto, *Sentenze normative, legalità delle pene e dei reati e controllo sulla tassatività della fattispecie*, in *Giur. cost.*, 1994, 4199.

Le decisioni sostitutive si caratterizzano invece per il fatto che con esse la Corte dichiara l'incostituzionalità di una legge, per la parte in cui prevede una determinata cosa, *anziché* prevederne un'altra. La decisione sostitutiva si compone quindi di due distinte parti: una demolitoria del contenuto della disposizione impugnata, l'altra ricostruttiva attraverso cui la Corte provvede a dotare la disposizione stessa di un diverso contenuto, in linea con i principi costituzionali.

Tali decisioni, per il loro carattere immediatamente autoapplicativo e quindi certamente più invasivo, hanno in varie occasioni determinato momenti di possibile "frizione" tra Corte costituzionale e legislatore.

Si è parlato in proposito di un ruolo di "supplenza" della Corte nei confronti del parlamento e di una funzione paralegislativa della prima, ponendo il problema della legittimazione della Corte costituzionale a compiere interventi, e quindi scelte, che spettano esclusivamente al legislatore ed anche da parte della magistratura si è assistito, in alcune occasioni, ad una sorta di "ribellione" rispetto a questo tipo di decisioni, da parte dei giudici, i quali, mentre hanno riconosciuto valore ed efficacia cogente alla parte ablativa della sentenza della Corte, si sono rifiutati di seguire la parte "ricostruttiva", ritenendola una illecita esorbitanza rispetto alle funzioni che la Costituzione e la legge attribuiscono alla Corte costituzionale.

Alla accusa di "sconfinamento", si è replicato, attraverso una tesi forse più utile e opportuna che pienamente convincente, secondo cui la Corte non svolgerebbe in questi casi alcuna attività propriamente creativa ma, attraverso l'interpretazione, si limiterebbe a far emergere norme che sono già presenti a livello costituzionale e le decisioni di tipo manipolativo verrebbero pertanto correttamente impiegate in quanto si porrebbero come l'unica soluzione costituzionalmente possibile, quindi costituzionalmente obbligata, una soluzione pertanto "a rime obbligate"¹⁸.

Alcuni problemi particolari si sono posti nella giurisprudenza costituzionale con riguardo all'utilizzazione delle sentenze manipolative in materia penale incriminatrice, per l'esistenza del principio di legalità delle pene ("nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso", art. 25, 2° comma, Cost.), nonché per le implicazioni e le conseguenze finanziarie connesse all'intervento additivo della Corte, alla luce dell'art. 81, 4° comma, Cost., secondo cui "ogni (...) legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte".

18. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. La Corte costituzionale*, Padova, 1984, 408.

Con riguardo alla materia penale la Corte ha sempre escluso, con giurisprudenza assolutamente costante, la possibilità di interventi additivi e ciò non tanto perché si tratta di materia coperta da riserva di legge (il che avrebbe comportato la necessità di concludere nello stesso senso per tutte le altre materie che la Costituzione riserva all'intervento del legislatore), ma in quanto trattasi di uno speciale principio di legalità delle pene che comporta, per il tipo di materia trattata ed i beni su cui essa va ad incidere (libertà personale), una esigenza di certezza che esclude la configurabilità di interventi additivi della Corte.

In ordine al problema relativo alla applicabilità della disposizione di cui all'art.81, 4° comma, della Costituzione alle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale ed in particolare alle sentenze additive, sulla base della collocazione e della formulazione letterale della suddetta disposizione ("ogni legge che importi nuove o maggiori spese deve indicare i mezzi per farvi fronte") si deve concludere per la sua inapplicabilità, almeno in via diretta, alle decisioni della Corte, sia perché mostra chiaramente di volersi riferire all'attività del legislatore, sia perché comunque il Giudice delle leggi, a differenza del Parlamento, non sarebbe in alcun modo in condizione di assolvere al compito di indicare i mezzi con cui far fronte alle maggiori spese derivanti quale effetto delle sue pronunce di incostituzionalità.

Una simile conclusione parrebbe, a prima vista, realizzare quello che è stato definito il "paradosso della Corte" la quale, mentre applicherebbe il disposto dell'art. 81, 4° comma, Cost. ai prodotti normativi del legislatore, non lo applicherebbe alle norme che essa stessa produce, creando norme per loro natura esenti dai vincoli e dai limiti imposti da tale disposizione. Il suddetto "paradosso" può essere in qualche modo superato sostenendo, come necessario, che il disposto dell'art.81, 4° comma, Cost. pur non essendo direttamente applicabile all'attività della Corte costituzionale, ciò nonostante non può considerarsi per questa *tamquam non esset*, ma appare come espressivo di un principio e di un valore generale, quale quello dell'equilibrio finanziario o di bilancio, che certamente la Corte è tenuta a considerare ed a valutare nel momento in cui è chiamata a giudicare sulla legittimità costituzionale di una legge.

4. d) il tentativo di imporre ai giudici una lettura della legge "oltre" il significato dalla stessa ricavabile attraverso i tradizionali strumenti dell'interpretazione

L'ultimo aspetto indicato (*sub d*) fa riferimento ad ipotesi in cui la Corte costituzionale ricorre ad un tipo di pronuncia (quella interpretativa di rigetto), attra-

verso la quale essa dichiara infondata l'eccezione di costituzionalità sollevata, ma alla condizione che, da parte dei giudici, venga seguita l'interpretazione della disposizione impugnata indicata dalla stessa Corte come l'unica tale da evitare una pronuncia di incostituzionalità.

Questo tipo di decisione è stata utilizzata dalla Corte fin dall'inizio della sua attività, ma solo di recente sembra essere spesso impiegata soprattutto allorché l'interpretazione suggerita appare, nei riguardi del testo normativo, più "creativa" o più "ardita", in quanto il significato indicato dalla Corte non discende affatto chiaramente dalla lettera del medesimo, quando addirittura non sembra porsi in contrasto con esso.

Con riguardo a questo utilizzo dello strumento delle interpretative di rigetto la Corte sembra suggerire al giudice una interpretazione spesso poco conciliabile con la lettera della legge, anche in ipotesi in cui questo si sia espressamente pronunciato nel senso della impraticabilità di tale lettura, proprio in quanto non consentita dal tenore letterale della disposizione impugnata.

Si prenda ad esempio la sent. 394/2005, relativa alla questione di costituzionalità della mancata previsione della trascrizione del titolo che riconosce il diritto di abitazione del genitore affidatario della prole naturale, che non sia titolare di diritti reali o di godimento sull'immobile assegnato.

Il giudice *a quo* rilevava come le disposizioni censurate non consentivano una diversa interpretazione, in quanto "le norme sulla trascrizione, rispondendo all'interesse pubblico alla sicurezza dei traffici giuridici, sono da considerarsi di stretta interpretazione nella parte in cui indicano gli atti soggetti a trascrizione".

La Corte afferma invece che allo scopo non è necessaria un'apposita previsione e che il principio che garantisce il minore attraverso la trascrizione del titolo che assegna al genitore affidatario il diritto di abitazione nella casa familiare "è ricavabile da un'interpretazione sistematica delle disposizioni a tutela della filiazione"¹⁹.

Lo stesso può dirsi per la questione di costituzionalità relativa al divieto di detenzione di materiali esplosivi per quanti ammessi al servizio civile a seguito di obiezione di coscienza, anche quando detto materiale sia detenuto ad usi chiaramente non offensivi (ma per altri fini, nella specie estrazione di blocchi lapidei).

19. Corte cost. 21 ottobre 2005, n. 394, Giur. cost., 2005, 3892, con nota di Sicari.

La questione veniva sollevata sulla base di un'interpretazione, ritenuta del tutto pacifica, dell'espressione "involucro contenente materie esplodenti", condivisa, tra l'altro, dalla stessa parte privata interessata²⁰.

La Corte costituzionale risolve la questione rilevando come l'espressione di cui sopra, seguendo anche la supposta intenzione del legislatore, deve intendersi come riguardante i materiali esplodenti "in quanto predisposti per l'offesa alla persona"²¹.

In altra decisione di pari data²², la cosa appare ancora più evidente. L'eccezione di costituzionalità riguardava la disposizione che consente di concedere l'indennità di mansione ai centralinisti non vedenti occupati in base alle norme relative al collocamento obbligatorio. A fronte del testo normativo così formulato, il giudice ne derivava l'ovvia conseguenza che, avendo il legislatore fatto espresso riferimento alle assunzioni in base alle norme relative al collocamento obbligatorio, l'indennità non poteva riconoscersi ai centralinisti non vedenti assunti in via ordinaria.

La Corte risolve la questione attraverso "una ricostruzione sistematica della normativa in esame", in base alla quale giunge alla conclusione che l'indennità in questione spetta a tutti i centralinisti non vedenti, indipendentemente dalla particolare modalità di accesso all'occupazione, derivandone che "non può ritenersi di ostacolo a questa interpretazione la formulazione testuale della disposizione impugnata, laddove fa espresso riferimento alla fonte costitutiva del collocamento obbligatorio".

Di recente poi la Corte, dopo aver richiamato espressamente la propria giurisprudenza in tema di necessario esperimento da parte del giudice dell'interpretazione conforme, ha pronunciato una interpretativa di rigetto, rilevando come il giudice *a quo*, per giustificare l'impossibilità di tale interpretazione si fondasse esclusivamente "su dati letterali", che la Corte interpreta invece in maniera diversa, superando così i dubbi di costituzionalità²³.

L'uso delle pronunce interpretative di rigetto sopra indicato, allorché l'interpretazione conforme suggerita viene a forzare alquanto il dettato letterale²⁴ si

20. Cfr. Tar Piemonte, ord. 3 settembre 2005, G.U., 1° s.s., 16 novembre 2005, n. 46.

21. Corte cost. 7 aprile 2006, n. 141, Giur. cost., 2006, 1319

22. Corte cost. 7 aprile 2006, n. 140, Giur. cost., 2006, 1314

23. Corte cost. 27 ottobre 2006, n. 343, G.U., 1° s.s., 2 novembre 2006, ediz. str.

24. Si vedano in proposito le osservazioni di Guazzarotti, "Fin dove arriva l'interpretazione correttiva della Corte costituzionale?", in *Quaderni cost.*, 2002, 814-816

riconnette al problema più generale, anch'esso evidenziatosi negli ultimi anni nella giurisprudenza costituzionale, della efficacia di quelle decisioni – esattamente definite “sentenze-leggi”²⁵ – con cui la Corte, attraverso un dispositivo diverso da quello di illegittimità costituzionale, procede più che ad una interpretazione, ad una vera e propria riscrittura del testo della legge.

Si potrebbero in proposito citare, tra gli altri, i casi relativi alla indennità di maternità in caso di parto prematuro²⁶, quello del disconoscimento di paternità in caso di inseminazione eterologa²⁷, quello del permesso di soggiorno a minori stranieri sottoposti a tutela²⁸, quelli in cui il giudice aveva espressamente escluso che il testo normativo consentisse l'interpretazione suggerita dalla Corte²⁹.

Con specifico riguardo ad un simile utilizzo delle sentenze interpretative di rigetto è stato sostenuto che la Corte opererebbe una sorta di “nomofilachia creativa” con riguardo alla normazione di rango primario, attraverso la sostituzione di una nuova scelta politica rispetto a quella operata dal legislatore con l'atto sottoposto a controllo³⁰.

25. Così Carlassare, *Perplexità che ritornano sulle sentenze interpretative di rigetto*, in *Giur. cost.*, 2001, 191.

26. Corte cost. 16 maggio 2002, n. 197 e 28 novembre 2002 n. 495, in *Giur. cost.*, 2002, 1570 e 4074, con nota di Frontoni.

27. Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347, in *Giur. cost.*, 1998, 2632

28. Corte cost. 5 giugno 2003, n. 198, in *Giur. cost.*, 2003, 1520, la quale ha dichiarato infondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, 1° comma, d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, nella parte in cui non prevedrebbe che, al compimento della maggiore età, il permesso di soggiorno possa essere rilasciato anche nei confronti dei minori stranieri sottoposti a tutela, ai sensi degli art. 343 ss. cod.civ.

Il giudice a quo - pur rilevando che in alcuni casi altre autorità giudiziarie avevano ritenuto la disposizione impugnata applicabile anche nei confronti dei minori stranieri sottoposti a tutela e che tale risultato si impone alla luce del principio costituzionale di eguaglianza - aveva però considerato impossibile seguire una simile interpretazione, in quanto contraria al tenore letterale della disposizione ed ai canoni ermeneutici stabiliti dall'art. 12 delle preleggi, dal momento che la disposizione impugnata si riferisce esplicitamente ai minori stranieri dati in affidamento.

La Corte costituzionale osserva come l'interpretazione letterale dell'art. 32, 1° comma, d. lgs. 286/98 porrebbe lo stesso in sicuro contrasto con i valori personalistici che caratterizzano la nostra Costituzione e suggerisce pertanto un'integrazione della disposizione in via analogica, sulla base della comparazione fra i presupposti e le caratteristiche del rapporto di tutela del minore e del rapporto di affidamento, concludendo, su questa base, che l'art. 32, 1° comma, d. lgs. 286/98, va riferito anche ai minori stranieri sottoposti a tutela, ai sensi del titolo X del libro primo del codice civile.

29. Cfr., ad esempio, Corte cost., ord. 25 maggio 2004, n. 153, in *Giur. cost.*, 2004, 1579.

30. M. Esposito, “In penetrabilis pontificum repositum erat”: brevi considerazioni sulla parabola discendente del diritto scritto, in *Giur. cost.*, 2004, spec. 3018 ss., il quale rileva come, così facendo, la Corte costituzionale fuoriesce dal sistema costituzionale, in quanto essa trae la sua legittimazione dalla funzione di garanzia con metodo giurisdizionale e non le è quindi consentito di indicare, a proprio giudizio, i contenuti da essa “creati”, anche in contrasto con la lettera della legge, in quanto conformi a Costituzione; in tal modo vengono vulnerate le dinamiche della responsabilità politica e viene a porsi un problema di deficit democratico, a detrimento del principio di certezza del diritto e di quello di eguaglianza.

II. Controllo della legge o sostituzione nelle scelte del soggetto politico

1. a) il rispetto della discrezionalità del legislatore

Accanto alle ipotesi prima ricordate di una diretta (o quasi) creazione di diritto ad opera della Corte costituzionale, viene ad assumere un indubbio interesse per il tema che stiamo trattando il tema relativo ai limiti che il Giudice costituzionale incontra (o dovrebbe incontrare) nella sua opera di controllo della legge e quindi delle scelte politiche operate dal legislatore con l'approvazione delle stesse. Si tratta cioè di verificare se ed in che misura la Corte si sia mantenuta nei limiti di un'attività di verifica della conformità di tali scelte ai superiori principi costituzionali e quando invece abbia finito per sostituire le proprie valutazioni a quelle del soggetto politico.

Più in particolare pare opportuno sottolineare a) i limiti che la Corte incontra di fronte allo spazio delle scelte discrezionali da ritenersi riservato al legislatore; b) l'esperienza in tal senso, al fine di rispettare quei limiti senza rinunciare al compito assegnatole dalla Costituzione, delle c.d. sentenze "di principio"; c) l'uso della tecnica della "ragionevolezza", nonché d) i limiti che incontra il legislatore a fronte di una pronuncia di incostituzionalità ed il problema della individuazione, in certi casi, del soggetto cui spetta in proposito "l'ultima parola".

Sotto il primo aspetto (*sub a*), può senz'altro ritenersi che i rapporti tra Corte costituzionale e parlamento trovano uno dei momenti più significativi e delicati nella determinazione dei limiti che il controllo di legittimità costituzionale della prima incontra nei confronti del rispetto della discrezionalità del legislatore e delle scelte da questi operate, senza ovviamente con ciò rinunciare ad operare il controllo, che verrebbe a frustrare lo scopo della stessa esistenza del Giudice delle leggi³¹.

In proposito non si è certamente rivelato risolutivo il principio fissato dall'art. 28 l. 87/53, in base al quale la Corte svolge un sindacato di sola legittimità, con esclusione di qualsiasi sindacato "sull'uso del potere discrezionale del parlamento".

31. Sui limiti al controllo della Corte in relazione alla discrezionalità del legislatore, v. L. Carlassare, Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 60; A. Pizzorusso, *Controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, ivi, 71; C. Piperno, *La Corte costituzionale e il limite di political question*, Milano, 1991; E. Rossi, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore nel periodo 1987-1989*, in R. Romboli (cur.), *La giustizia costituzionale ad una svolta* cit., 215; M. Scudiero, S. Staiano (cur.), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 1999; M. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000.

Il problema dei limiti derivanti per il controllo della Corte dalla discrezionalità del legislatore è stato accostato al fenomeno delle *political questions*, cioè del rifiuto da parte della Corte suprema americana, in applicazione del principio della separazione dei poteri, di esaminare certe questioni perché politicamente delicate.

A parte altre possibili valutazioni, c'è comunque da notare come la posizione della Corte costituzionale italiana sia diversa da quella della Corte americana, in quanto la prima è tenuta a emettere una decisione ed è collocata in posizione equidistante da tutti gli altri poteri dello Stato, compreso il potere giudiziario, del quale è giudice di eventuali conflitti tra poteri.

La Corte costituzionale, nel curare la propria immagine di “giudice” più che di “legislatore”, ha con molta frequenza tenuto a ribadire che i propri interventi “creativi” derivano direttamente da una applicazione-interpretazione obbligata della Costituzione e non da una libera scelta della Corte, rifiutandosi di fornire una risposta precisa allorché la questione posta dal giudice fosse tale da offrire, per la sua soluzione, una pluralità di possibili soluzioni, nessuna costituzionalmente imposta, discendente cioè, per usare la già ricordata terminologia crisafulliana fatta propria dalla Corte, “a rime obbligate”.

Frequente nella giurisprudenza costituzionale è l'affermazione secondo cui la Corte non può scendere nel merito della eccezione di costituzionalità in quanto la normativa impugnata esprime scelte da ritenersi attinenti alla “politica legislativa” o perché il giudice pone un quesito di carattere politico al quale essa, in ragione dei suoi poteri, non può dare adeguata risposta con una pronuncia di incostituzionalità, a meno che l'uso della discrezionalità legislativa risulti del tutto arbitrario e irragionevole.

Alcune materie sono poi ritenute più di altre riservate al legislatore, allorché vengano in considerazione profili che lasciano aperta la possibilità di diverse soluzioni. Così ad esempio per quanto attiene all'organizzazione della giustizia oppure a questioni di costituzionalità che involgano scelte generali di carattere economico-politico o di politica criminale oppure che presuppongano una revisione complessiva della materia.

2. b) l'esperienza delle c.d. sentenze “di principio”

Venendo al secondo aspetto segnalato (*sub b*), la Corte costituzionale, stretta tra la necessità di rispettare la discrezionalità del legislatore, allorché il suo

intervento sia ritenuto indispensabile e non sostituibile e il non mancare, in caso di inerzia del parlamento, al proprio ruolo di garante della legittimità costituzionale delle leggi e dei diritti fondamentali dei cittadini costituzionalmente tutelati, ha "creato" un nuovo tipo di decisione attraverso il quale essa segue la stessa tecnica delle sentenze additive che già abbiamo visto, con la differenza che nel nostro caso non viene introdotta una regola immediatamente operante ed applicabile, ma viene fissato un principio generale che deve essere attuato attraverso un intervento del legislatore, ma al quale può già, in certi limiti, fare riferimento il giudice nella decisione dei casi concreti. Questo tipo di pronuncia prefigura quindi una sorta di collaborazione tra la Corte, il parlamento ed i giudici, ognuno dei quali deve agire nell'ambito delle competenze ad esso riconosciute dall'ordinamento.

In proposito, anche con riferimento alla distinzione tra una legislazione per regole ed una per principi, si è parlato di decisioni "additive di principio" oppure di "sentenze meccanismo" o ancora di "sentenze-delega" o "additive a dispositivo generico"³².

Tali pronunce determinano una evidente valorizzazione ed espansione dei poteri interpretativi del giudice nell'applicazione della legge. L'elemento qualificante consiste nel fatto che, attraverso queste pronunce, la Corte non fornisce essa stessa l'interpretazione corretta della disposizione impugnata, né procede ad una diretta manipolazione del testo normativo (come accade attraverso le dichiarazioni di incostituzionalità a carattere additivo, manipolativo o sostitutivo, con cui si procede direttamente a determinare l'effetto di una norma immediatamente applicabile da parte del giudice), ma si limita a fissare appunto un principio, tratto dalla Costituzione, demandando quindi al giudice il compito di trovare la soluzione interpretativa più idonea per il caso da decidere alla luce ed in applicazione del principio enunciato dalla Corte. Ciò nella considerazione che, in alcune situazioni, la conformazione della legislazione ai principi costituzionali sia meglio perseguibile con riferimento al caso concreto che non attraverso una pronuncia demolitoria della Corte costituzionale.

32. Sulle pronunce additive di principio, v. G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996; G.P. Dolso, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, 4111; P. Falzea, *Le sentenze della Corte costituzionale a contenuto indeterminato e il ruolo del giudice nel processo di reintegrazione del sistema normativo*, Torino, 2000; A. Guazzarotti, *L'autoapplicabilità delle sentenze additive di principio nella prassi dei giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 2002, 3435.

Può essere utile in proposito ricordare alcuni casi specifici, un primo è costituito dalla sent. 11/1998³³ relativa alla sanzione penale prevista per coloro che rifiutano il servizio militare di leva senza essere stati ammessi al servizio civile sostitutivo. Nella specie, sulla domanda di ammissione al servizio civile non era intervenuta la risposta in quanto il richiedente era stato nel frattempo congedato per motivi di ordine fisico. L'assenza della risposta (ormai impossibile) rendeva (assurdamente) applicabile al soggetto la sanzione penale ivi prevista. La Corte riconosce che tale situazione sarebbe senz'altro incostituzionale, ma nega che sia riconducibile alla disposizione censurata e chiede pertanto al giudice di individuare altrove la soluzione giuridica del problema, in modo comunque da evitare le conseguenze derivanti dall'applicazione della disposizione impugnata. In particolare la Corte conclude che "spetta al giudice, attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto, risolvere, conformemente alla Costituzione, il problema che la rilevata lacuna normativa in ipotesi determina".

Un altro caso riguarda invece l'ipotesi di un marito il quale, dopo aver dato il proprio assenso alla inseminazione artificiale della moglie con seme di terzi (c. d. inseminazione eterologa) aveva richiesto il disconoscimento di paternità del figlio nato dall'inseminazione artificiale, richiamandosi all'art. 235 cod. civ. In base a tale disposizione è infatti prevista la possibilità di disconoscimento da parte di chi dimostri il proprio stato di impotenza nel periodo compreso fra il trecentesimo ed il centotantesimo giorno prima della nascita (situazione nella quale il marito rientrava).

La questione di costituzionalità sollevata chiedeva alla Corte di dichiarare incostituzionale l'art. 335 cod. civ., nella parte in cui era applicabile anche all'ipotesi del figlio nato da inseminazione eterologa. La Corte costituzionale ha ritenuto che, nonostante la chiara formulazione letterale, l'art. 235 doveva ritenersi scritto per l'ipotesi di figli nati da rapporti adulterini e quindi non applicabile al caso di specie, rispetto al quale ha proceduto ad individuare i principi costituzionali da ritenere ad esso riferibili, vale a dire la tutela della persona nata a seguito di fecondazione artificiale, sia in relazione ai propri diritti verso chi si è impegnato liberamente ad accoglierlo (il quale deve assumersi le sue responsabilità), sia agli obblighi di istruzione e mantenimento che gravano sui genitori. Anche in questo caso la Corte conclude la propria decisione affermando, significativamente, che "nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali"³⁴.

33. Corte cost. 5 febbraio 1998, n. 11, Foro it., 1998, I, 996.

34. Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347, Foro it., 1998, I, 3042.

In entrambi i casi quindi la Corte costituzionale, di fronte all'accertata situazione di assenza di una disciplina da applicarsi al caso specifico e concreto che il giudice è chiamato a risolvere, invita il giudice a trovare la soluzione attraverso un'applicazione diretta dei principi costituzionali da essa stessa indicati.

Un'altra ipotesi assai significativa si è verificata con riguardo alla questione concernente la differenza massima di età prevista dalla l. 184/1983 per l'adozione, la quale trae origine da un caso di adozione, svolta all'estero e perfezionata in Italia, da parte di coniugi, uno dei quali con età di soli tre mesi superiore al limite di quaranta anni di massimo divario, fissato dal legislatore.

La Corte pur considerando ragionevole la scelta del legislatore, afferma che "deve essere riconosciuta la possibilità che il giudice valuti, *con rigoroso accertamento, l'eccezionale necessità* di consentire, nell'esclusivo interesse del minore, che questi sia inserito nella famiglia di accoglienza che, sola, può soddisfare tale suo interesse, anche quando, pur rimanendo nella differenza di età che può *solitamente* intercorrere tra genitori e figli, l'età del coniuge adottante si discosti *in modo ragionevolmente contenuto* dal massimo di quaranta anni, legislativamente previsto. Tuttavia, affinché non si trasformi in una regola l'eccezione deve rispondere ad un *criterio di necessità* in relazione ai principi ed ai valori costituzionali assunti quale parametro di valutazione della legittimità costituzionale della disposizione denunciata (art. 2 e 31 Cost.)"³⁵.

Le espressioni evidenziate con il carattere corsivo paiono mostrare, fuori da ogni ragionevole dubbio, l'ampio margine che la Corte viene così a riconoscere al potere interpretativo del giudice nel "conformare" il dettato normativo ai principi costituzionali da essa indicati.

Il nuovo tipo di decisione "di principio" ha avuto, negli ultimi anni, varie applicazioni, anche se in realtà non tutte le pronunce così qualificate possono ritenersi aventi gli stessi caratteri (e quindi anche la stessa efficacia). In particolare una sensibile differenza pare potersi porre tra le ipotesi in cui la Corte ha indicato un principio specifico, facilmente determinabile, rispetto a quelle in cui il principio indicato appare generico ed indeterminato o ancora addirittura indeterminabile se non a seguito di uno specifico intervento del legislatore.

35. Corte cost. 24 luglio 1996, n. 303, Giur. cost., 1996, 2503, con nota di Lamarque, L'eccezione non prevista rende incostituzionale la regola (ovvero, il giudice minorile è soggetto alla legge, ma la legge è derogabile nell'interesse del minore).

Nel primo caso pare evidente come, in assenza di un intervento del legislatore, il giudice è chiamato esso stesso a individuare la soluzione del caso concreto, come forse pure nel secondo caso, rispetto al quale è stato da alcuni segnalato il pericolo di interpretazioni difformi da parte dei giudici, suggerendo soluzioni tendenti a far recuperare al sistema il carattere di controllo “accentrato”³⁶, rispetto ad una chiara tendenza mostrata dalla Corte a valorizzare l’opposto carattere “diffuso”.

Di fronte a principi affermati dalla Corte, ma ritenuti non applicabili da parte del giudice, si è parlato invece di un doppio effetto paralizzante³⁷, nel senso che, da un lato, la disciplina dichiarata incostituzionale non sarebbe più applicabile, stante l’effetto *erga omnes* della decisione di accoglimento e, dall’altro, il giudice non sarebbe posto nella condizione di concludere il giudizio, in assenza di un intervento del legislatore e le sentenze contenenti principi così formulati sono state parificate alle decisioni di inammissibilità per rispetto della discrezionalità del legislatore.

In diverse occasioni la Corte è stata chiamata ad occuparsi del “seguito” delle proprie pronunce additive di principio, in particolare, con riguardo a successivi interventi del legislatore ad esse ispirati oppure al mancato intervento del legislatore, che ha con ciò giustificato la riproposizione della medesima questione di costituzionalità.

3. c) l’utilizzo ed il carattere pervasivo del criterio della “ragionevolezza”

Circa il terzo aspetto (*sub c*), un particolare interesse rivestono, per il tema dei rapporti tra Corte e legislatore e dei limiti della prima nei riguardi delle scelte discrezionali del secondo, le ipotesi, invero assai frequenti, in cui il Giudice costituzionale fa ricorso al criterio della “ragionevolezza”³⁸.

36. Cfr. D’Amico, *Le insidie delle decisioni “di principio” (a margine di una pronuncia sulla tutela delle lavoratrici madri nel caso di parto prematuro)*, in *Giur. cost.*, 1999, 2252; Dolso, *Le sentenze additive cit.*, 4158

37. Così Parodi, *La sentenza additiva cit.*, 327.

38. Sul criterio di “ragionevolezza” nella giurisprudenza costituzionale, v. A.M. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 1975; Cerri, *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Milano, 1976 e *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza delle “fattispecie dubbiose”*, in *Giur. cost.*, 1999, 166; Paladin, *Corte costituzionale e principio generale d’uguaglianza*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, I, 605 e *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamenti, Milano, 1997, I, 899; BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, voce del *Digesto disc. pubblicistiche*, Torino, 1997, XII, 341; Ruggeri, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in *Dir. e soc.*,

Il controllo della "ragionevolezza" della scelta operata dal legislatore rappresenta oggi la vera pietra miliare ed un punto assolutamente fondamentale dell'attività della Corte costituzionale. Essa, nel momento in cui giudica sotto il profilo della ragionevolezza sulla legittimità di una determinata scelta del legislatore sospettata di incostituzionalità, non limita il suo esame a questo o a quel particolare principio costituzionale che il giudice *a quo* ha ritenuto esser stato violato, ma estende necessariamente il suo giudizio a tutti i principi costituzionali che vengono ad essere coinvolti nella questione, al fine di operare un bilanciamento degli stessi e di giudicare appunto sulla "ragionevolezza" della scelta del legislatore.

In proposito Mortati rilevava come la nozione di ragionevolezza non sia poi nella sostanza diversa, nel contenuto e negli effetti, da quella, forse più scioccante, di "eccesso di potere legislativo", come pure sembra aver ritenuto la stessa Corte costituzionale allorché ha affermato che affinché "sia possibile operare uno scrutinio che direttamente investa il merito delle scelte sanzionatorie operate dal legislatore, è pertanto necessario che l'opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di 'eccesso di potere' e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l'ordinamento assegna alla funzione legislativa"³⁹.

La giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni mostra come, nel giudizio di ragionevolezza svolto dalla Corte, del riferimento al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., e del conseguente giudizio in chiave comparativa tra due diverse posizioni, se ne siano quasi interamente perse le tracce.

Il richiamo al concetto di ragionevolezza, da parte della Corte costituzionale, viene operato almeno in due differenti significati, il primo dei quali, in più stretto legame con l'art. 3 Cost., appare come sinonimo particolarmente di *razionalità, logica, coerenza, congruità*. In tali ipotesi spesso la Corte ancora il sindacato di ragionevolezza alla *ratio legis*, il che le consente di esplicitare il suo giudizio mantenendosi nei limiti fissati dall'ordinamento, senza sovrapporre le proprie scelte a quelle del legislatore.

2000, 567; Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; L. Carlassare, *I diritti davanti alla Corte costituzionale: ricorso individuale o rilettura dell'art. 27 l. 87/53?*, in *Studi in onore di Elia*, Milano, 1999, I, 213; AA.VV., *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2002; Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2002; D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005; Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007.

39. Corte cost. 12 luglio 1995, n. 313, Giur. cost., 1995, 3439.

In un secondo significato la Corte si riferisce alla ragionevolezza in una accezione del termine più vicina al concetto di *bilanciamento, equilibrio, contemperamento*, nel senso della necessità di operare un bilanciamento tra due o più valori, tutti riconosciuti a livello costituzionale, ma che, nella specie, non appaiono suscettibili di essere congiuntamente realizzati.

La Corte ha esteso l'opera di bilanciamento tra valori, applicandola esplicitamente anche alle proprie decisioni, allorché giunga o ritenga di poter pervenire ad una pronuncia di accoglimento. Si potrebbe infatti dire che in certi casi la Corte valuta la "ragionevolezza" degli effetti che deriverebbero da una eventuale pronuncia di incostituzionalità della disciplina denunciata.

I caratteri ed i contorni della nozione di ragionevolezza finiscono pertanto per essere alquanto sfuggenti e, nonostante diversi ed anche molto approfonditi studi sull'argomento, pare ancora valida la osservazione di Mezzanotte, secondo cui "il criterio della ragionevolezza, nonostante appaia presente un po' ovunque anche quando non è espressamente menzionato, non è riuscito finora a produrre coerenze sistematiche se non in misura incomparabilmente inferiore alle sue reali attitudini".

Proprio il carattere indefinito della nozione, che finisce per abbracciare il campo davvero sterminato della rispondenza di una norma a canoni di coerenza, razionalità e proporzionalità nella distribuzione delle tutele giuridiche, ha fatto temere una sovrapposizione della razionalità della Corte a quella del legislatore, con il rischio di trasformare la prima in un "senato della buona legislazione", al di fuori di quello che è il proprio ruolo istituzionale.

4. d) la possibilità per il legislatore di riprodurre, con legge ordinaria o con legge costituzionale, una disposizione dichiarata incostituzionale: "a chi spetta l'ultima parola"

L'ultimo degli aspetti segnalati (*sub d*) concerne il profilo interessante i rapporti tra Corte costituzionale e legislatore, relativamente alla possibilità per il legislatore di riprodurre, nello stesso testo, una legge dichiarata incostituzionale per vizi sostanziali.

La Costituzione non contiene un espresso principio che obblighi il legislatore a non approvare di nuovo una legge ritenuta dalla Corte costituzionale illegittima, anche se tale effetto sembrerebbe dover discendere abbastanza agevolmente dai principi che delineano il ruolo dei soggetti titolari del potere normativo (parlamento-governo) e quello proprio dell'organo di controllo della costituzionalità del loro operato e di chiusura del sistema.

Simile conclusione è accolta dalla dottrina che si è occupata specificamente dell'argomento, la quale ha parlato in proposito di uno stretto divieto giuridico per il legislatore di riprodurre, *illico ac immediate*, una norma dichiarata incostituzionale e vale comunque con riguardo al potere di legislazione ordinaria del parlamento. In termini, almeno in parte, diversi il problema parrebbe porsi infatti, come vedremo, con riguardo al legislatore costituzionale che intendesse ripristinare, con legge costituzionale, una normativa dichiarata illegittima dalla Corte.

Seppure assai raramente, si è verificato in alcuni casi che il legislatore, con o senza la specifica volontà di andare contro la pronuncia costituzionale, abbia riprodotto una disciplina già dichiarata incostituzionale da una sentenza della Corte ed allora ci si è chiesti quale efficacia assuma una simile legge nei riguardi dei giudici e degli operatori giuridici in generale e attraverso quale procedimento è possibile far valere il vizio di cui risulta inficiata.

L'alternativa parrebbe essere tra riferirsi ad una efficacia di giudicato della sentenza costituzionale ed alla possibilità dei giudici di disapplicare la legge che riproduce una normativa dichiarata incostituzionale, richiamandosi alla sentenza stessa oppure, come pare preferibile, all'efficacia di precedente della stessa, per concludere che il giudice dovrà obbligatoriamente sollevare la questione di costituzionalità della nuova legge che, con tutta probabilità o meglio con certezza, sarà pure dichiarata illegittima, per le stesse ragioni che avevano indotto la corte a dichiarare incostituzionale la prima legge.

Nello stesso senso si è espresso, nella sua relazione sulla giustizia costituzionale nel 1997, il presidente della Corte costituzionale, il quale ha parlato di un divieto di riprodurre, per il passato, la norma dichiarata illegittima, "divieto che tuttavia non va confuso con la possibilità da parte del legislatore di riprodurre per il futuro norma di analogo contenuto precettivo che, in ipotesi sarà inficiata nel merito dagli stessi vizi da cui era affetta la norma precedente, ma che tuttavia non lede l'art. 136 della Costituzione".

In termini assai diversi si pone ovviamente il problema allorché il parlamento "reagisca" ad una decisione non condivisa della Corte costituzionale attraverso una legge di carattere costituzionale.

Ciò si è verificato in un caso relativamente all'applicabilità ai giudici costituzionali dell'istituto della *prorogatio*, allorché le camere, attraverso la l. cost. n. 2 del 1967, esclusero espressamente tale possibilità, con ciò superando la diversa scelta operata

dalla Corte attraverso l'approvazione di una specifica disposizione regolamentare, ma si è ripresentato più recentemente, in termini decisamente più eclatanti ed interessanti, a proposito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 513 c.p.p. La vicenda, per la sua importanza, merita di essere, seppur sinteticamente, richiamata.

Il parlamento, con l'approvazione della l. 7 agosto 1997 n. 267, aveva apporato modifiche al codice di procedura penale ed in particolare in tema di valutazione della prova, disponendo la inutilizzabilità delle dichiarazioni accusatorie rese da quanti, nel corso del dibattimento, si fossero poi sottratti al controesame da parte dell'accusato. La modifica al codice di rito, raggiunta a seguito di una laboriosa contrattazione tra le diverse forze politiche, aveva il dichiarato scopo di rendere inutilizzabili nei processi penali le dichiarazioni dei "collaboratori di giustizia", spesso principale elemento di prova nei processi contro la mafia.

La Corte costituzionale, con la sent. n. 361 del 1998, dichiarò incostituzionale tale disposizione, contestando, nella sostanza, la "ragionevolezza" della scelta legislativa ed in particolare il bilanciamento tra i diversi valori in gioco operato dal parlamento, giudicando prevalente il principio di conservazione degli elementi di prova legalmente acquisiti e venendo quindi a ripristinare la disciplina precedente. A giudizio di alcuni è questa l'ipotesi in cui la Corte, nella sua storia, si è trovata maggiormente ad assumere un ruolo di protagonista politico.

A fronte della suddetta pronuncia – vista come una decisione a favore dei "giudici" e contro il "legislatore" – la reazione del parlamento è stata immediata e veemente, attraverso la presentazione di un'apposita proposta di legge costituzionale che limitasse la tipologia delle decisioni del Giudice costituzionale e soprattutto con l'approvazione della l. cost. 23 novembre 1999 n.2, con la quale è stato modificato l'art. 111 Cost. e sono stati introdotti i principi del c.d. giusto processo.

Con tale legge vengono inseriti nella Costituzione - accanto ai classici principi, in gran parte già ricavabili e ricavati da altre disposizioni costituzionali, della imparzialità e terzietà del giudice, della parità di armi tra le parti e della durata ragionevole del processo – regole che avrebbero meglio trovato la loro collocazione nel codice di procedura penale (come accadeva infatti con la legge dichiarata incostituzionale) e che vengono elevate a rango di costituzione formale solo allo scopo di "imporle" alla Corte costituzionale.

Il nuovo art. 111 Cost. stabilisce in particolare che "la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in con-

traddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita".

Se è vero che, sotto l'aspetto strettamente formale, non possono nutrirsi dubbi circa la possibilità per il parlamento, nel rispetto dei limiti impliciti ed espliciti alla revisione costituzionale, di superare una pronuncia della Corte costituzionale attraverso l'approvazione di una legge costituzionale che, come tale, si impone al Giudice delle leggi, pare altrettanto vero che il comportamento di un parlamento che, di fronte alla decisione con cui la Corte dichiara l'incostituzionalità di una propria legge, decide di confermare quella legge, rivestendola a scopo protettivo della veste formale di legge costituzionale, debba ritenersi come un comportamento assolutamente eccezionale e per niente normale sotto l'aspetto dei rapporti tra organi costituzionali.

Per questo debbono essere condivise le affermazioni secondo cui quello sopra ricordato è un "modo davvero estremo per paralizzare definitivamente la Corte" (Carlassare), il cui uso normale produrrebbe inevitabilmente un indebolimento della stessa idea di costituzione, come quadro tendenzialmente stabile e di garanzia.

III. La natura della Corte costituzionale: 1. la storica e non risolta (o non risolvibile) "ambiguità" tra il carattere "politico" e quello "giurisdizionale"

A completamento delle osservazioni svolte in ordine all'attività della Corte costituzionale "creativa" di diritto, pare opportuno svolgere qualche riflessione conclusiva, con riguardo alla esperienza italiana, relativamente alla natura del Giudice costituzionale ed al suo inserimento nella forma di governo ed al carattere "politico" o "giurisdizionale" che questi avrebbe concretamente assunto⁴⁰.

40. Sulla natura della Corte costituzionale e la sua collocazione nella forma di governo, v. Barile, Cheli, Grassi (cur.), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; Elia, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, ivi, 515; Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984; Chimenti, *Gli organi costituzionali nella forma di governo italiana*, Torino, 1989; Luciani, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in AA.VV., *La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, Milano, 1989, 65; Cheli, *La Corte costituzionale nella forma di governo in Italia*, in *Quaderni dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Milano, 1991, n. 1, 125; Romboli (cur.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, 1991; Pizzorusso, Romboli, Rossi, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale alla determinazione della forma di governo italiana*, a cura di Panizza, Torino, 1997; Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005; Elia, *La forma di governo della nostra repubblica negli anni 1956-2006 (pronunce della Corte e contributi dottrinali in "Giurisprudenza costituzionale"*, in Pace (cur.), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, Milano, 2006, 314; Ruggieri (cur.), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006; Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente*, in Vignudelli (cur.), *Istituzioni e dinamiche del diritto. I confini mobili della separazione dei poteri*, Milano, 2009, 401 ss.

Il carattere “ibrido” o “ambiguo” della Corte costituzionale deriva ad essa dal fatto di essere un organo chiamato a giudicare secondo un metodo ed un procedimento tipicamente giurisdizionale, ma avente ad oggetto un atto tipicamente politico, quale la legge che non poteva quindi non colorare di politicità l’attività e la natura dell’organo di controllo.

Il problema della natura del Giudice costituzionale, sul quale ben può dirsi che sono stati scritti “fiumi d’inchiostro”, viene a porsi fin da prima che la Corte iniziasse concretamente a funzionare, mostrando subito una contrapposizione tra quanti tendevano ad avvicinarla al potere legislativo e quanti invece valorizzavano essenzialmente gli elementi di giurisdizionalità.

Volendo richiamare in maniera assolutamente sintetica e non certo esaustiva le posizioni della dottrina, nel primo senso si pose Piero Calamandrei, il quale definì la Corte come un organo para-legislativo, sottolineando la estraneità di tale organo all’ambito del potere giudiziario e la sua afferenza a quello legislativo e riconoscendo alla funzione della Corte non solamente un ruolo di legislatore negativo (dichiarazione di incostituzionalità), ma altresì di legislatore positivo, dal momento che la dichiarazione di infondatezza di una questione di costituzionalità avrebbe dovuto intendersi come una sorta di interpretazione autentica della legge impugnata, che avrebbe dovuto escludere categoricamente la possibilità di riproporre la medesima questione nell’ambito di altri giudizi⁴¹.

La dottrina assolutamente maggioritaria si esprime invece, con varie e più o meno accentuate sfumature, a favore della natura giurisdizionale, osservando come la stessa non poteva ritenersi venir meno né a seguito della soluzione di controllo accentrato, né per le connotazioni politiche dell’oggetto⁴², pur precisando in alcuni casi che si sarebbe dovuto parlare di carattere giurisdizionale, ma non come giurisdizione di tipo contenzioso, bensì di volontaria giurisdizione, per la mancanza di una lite in senso proprio⁴³ o di giurisdizione di annullamento⁴⁴.

41. Calamandrei, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950.

Per il riconoscimento anche alle sentenze di infondatezza dell’efficacia erga omnes v. poi Ruggeri, *Storia di un “falso”. L’efficacia “inter partes” delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990.

42. Cfr. Azzariti, “Considerazioni sulla nuova disciplina del sindacato sulla costituzionalità delle leggi (1948) e Gli effetti delle pronunzie sulla costituzionalità delle leggi (1950)”, in *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, 127 ss. e 136 ss.; Esposito, *Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi in Italia (1950)*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 269 ss.; Garbagnati, *Sull’efficacia delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Jus*, 1950, 232 ss.; Pierandrei, *Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale (natura-efficacia-esecuzione) (1954)*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1964, III, 85 ss.

43. Cappelletti, *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, 135 ss. e *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957.

44. M.S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, in *Giur. cost.*, 1956, 902 ss.

Quando la Corte costituzionale, nel 1956, ha iniziato a funzionare, il problema della sua natura ha continuato a proporsi e questa volta però la discussione è stata arricchita dai riferimenti alla giurisprudenza costituzionale ed al ruolo che, di conseguenza, la Corte è venuta ad assumere nel nostro ordinamento costituzionale.

In una occasione particolarmente vivace fu la contrapposizione tra le posizioni espresse da Franco Modugno e da Gustavo Zagrebelsky.

Il primo attribuiva alla Corte un ruolo di co-determinazione dell'indirizzo politico, unitamente al potere legislativo, più che un ruolo di controllo sanzionatorio successivo, rilevando come le funzioni del Giudice costituzionale sarebbero da ritenere, nella situazione politica del momento, non "sostitutive", bensì "collaterali" a quelle del parlamento, in ragione dell'acquisito ruolo politico di mediatrice degli interessi sostanziali e di moderatrice dei conflitti⁴⁵, mentre il secondo sottolineava la grande importanza che assume il collegamento con l'autorità giudiziaria e la netta distinzione di ruoli tra Corte e legislatore, sostenendo come la politicità della Corte fosse cosa assai diversa da quella del parlamento e come l'attività della prima, al momento, avesse essenzialmente natura giurisdizionale, in quanto non mediatrice di interessi, ma propugnatrice di valori e principi di insieme, nei quali la mediazione degli interessi doveva restare compresa⁴⁶.

Un'importante riflessione sull'argomento a quaranta anni dall'inizio dell'attività della Corte, si deve ad un volume pubblicato da Enzo Cheli, al termine della sua esperienza come giudice costituzionale ed avente ad oggetto appunto la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri⁴⁷. L'Autore rileva come ciò che connota la giustizia costituzionale, rispetto alle altre funzioni pubbliche, è la sua "assoluta atipicità", in quanto il controllo di costituzionalità delle leggi non esprime un aspetto della funzione giurisdizionale avendo di questa la forma, ma non la sostanza, né la sentenza della Corte può essere avvicinata alla legge, per l'assenza di un potere di iniziativa dell'organo giudicante e per il carattere vincolato della pronuncia. Siamo in presenza, secondo Cheli, "di una funzione 'intermedia' che (...) è al tempo stesso politica e tecnica – para-legislativa e

45. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in Barile, Cheli, Grassi, *Corte costituzionale cit.*, 19 ss.

46. Zagrebelsky, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in Barile, Cheli, Grassi, *Corte costituzionale cit.*, 103 ss.

Le relazioni di sintesi, relativamente alla posizione assunta fin allora dalla Corte nel nostro sistema, furono svolte nell'occasione da Paolo Barile e da Leopoldo Elia (Barile, Cheli, Grassi, *Corte costituzionale cit.*, 537 ss. e 515 ss.).

47. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996.

para-giurisdizionale -, funzione che conduce, da un lato, a ‘giurisdizionalizzare’ la politica dentro le forme del processo, dall’altro a ‘politicizzare’ la giurisdizione attraverso la natura (politica) degli oggetti sottoposti a giudizio e gli effetti (politici) delle pronunce⁴⁸.

Circa dieci anni dopo un altro illustre costituzionalista, al termine del suo mandato come giudice costituzionale, ha pubblicato un volume avente questo sottotitolo: “la Corte costituzionale e la politica”⁴⁹, in cui Zagrebelsky sostiene che la funzione della Corte è politica, ma al tempo stesso non appartiene alla politica, spiegando questo apparente paradosso attraverso un doppio significato che può essere attribuito al termine “politica”. Un primo, come attività rivolta a produrre convivenza, unione (*pactum societatis*) ed un secondo come attività di competizione tra le parti, come lotta per la maggioranza di governo (*pactum subjectionis*).

La Corte viene indicato come organo in(m)-politica, nel senso che sarebbe al tempo stesso “dentro” (“in”) la politica (se intesa nel primo dei due significati sopra indicati) ed estranea ad essa (“in” come “non”), se intesa invece nel secondo significato⁵⁰.

A conclusione di questa sommaria indicazione di alcuni importanti momenti di riflessione sull’argomento in esame, possiamo affermare che può ritenersi ormai raggiunta la consapevolezza che l’attività della Corte costituzionale e la sua qualificazione subirebbero una inammissibile riduzione se interamente ricondotte all’attività tipica degli organi politici oppure a quella giurisdizionale come esercitata dai giudici comuni.

Il carattere “ibrido” proprio dell’organo fin dalle sue origini e per le ragioni dette, ha consentito in questi ormai cinquanta anni di funzionamento della giustizia costituzionale una notevole flessibilità all’azione del Giudice costituzionale, tale da potersi meglio adattare alle diverse, specifiche situazioni o momenti storici, accentuando ora maggiormente le proprie caratteristiche “giurisdizionali”, ora quelle “politiche”.

La rilevata “ambiguità” della propria natura ha finito quindi per risultare un elemento senza dubbio positivo, nella misura in cui, come rileva Enzo Cheli, ha

48. Cheli, *Il giudice delle leggi* cit., 15.

49. Zagrebelsky, *Principi e voti* cit. Il volume riporta in copertina la seguente frase: “la Costituzione fissa una volta per tutte i principi di libertà e di giustizia. Le sue garanzie non appartengono alla politica ma hanno una funzione politica. Comprendere questo paradosso significa penetrare l’essenza della democrazia”.

50. Zagrebelsky, *Principi e voti* cit., 35 ss.

consentito alla Corte di “sviluppare l’una o l’altra anima a seconda delle condizioni di omogeneità-disomogeneità, compattezza-frantumazione, efficienza-paralisi, stabilità-instabilità che caratterizza il sistema politico”⁵¹.

La maggiore difficoltà per la Corte risulta pertanto quella di far sì che l’oscillazione del pendolo tra il polo politico e quello giurisdizionale venga mantenuta entro un determinato margine, senza mai eccedere in un senso o nell’altro, ed in questo giocano inevitabilmente un ruolo importante, oltre ovviamente ai fattori esterni più volte ricordati, anche elementi interni alla Corte, quali la compattezza dei componenti o l’autorevolezza del presidente.

Così se appare fuori dubbio che il Giudice costituzionale, per le caratteristiche e l’oggetto dei giudizi costituzionali, goda di una discrezionalità a livello interpretativo-applicativo decisamente maggiore rispetto a quella propria dei giudici comuni – ciò che fa della Corte un giudice del tutto speciale – assume importanza decisiva che il giudizio della Corte faccia sempre riferimento al testo della Costituzione ed ai parametri cui ancorare la decisione⁵² ed in particolare che le proprie pronunce siano sempre adeguatamente motivate⁵³, allo scopo di tener distinti la sua posizione ed il suo modo di operare rispetto a quelli propri degli organi politici.

Per questo, sebbene accada che alcune volte ed in certe circostanze la Corte non si attenga sempre rigorosamente a tale principio, è pure importante sottoli-

51. Cheli, *Il giudice delle leggi* cit., 125. In senso analogo v. pure Silvestri, *Legge (controllo di costituzionalità)*, voce del Digesto delle discipline pubblicistiche, Torino, 1994, IX, 128 ss.

52. Per l’affermazione secondo cui la Corte ha la necessità di mostrarsi aderente al testo della Costituzione, “muovendosi con piccoli passi nella progressione interpretativa, in modo da non far svanire l’aura di giurisdizionalità su cui, nel nostro sistema costituzionale e nel presente momento storico, continua a fondare la sua legittimazione”, v. Silvestri, *Poteri attivi e poteri moderatori: attualità della distinzione*, in Luatti (cur.), *L’equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino, 1994, 33.

Sul significato e l’importanza del riferimento al testo costituzionale e sulle caratteristiche della interpretazione costituzionale v., da ultimo, il volume curato da Azzariti, *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007 ed in particolare i saggi di Luciani, Modugno, Pace e G. U. Rescigno, nonché Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004 e *Teoria e ideologia dell’interpretazione costituzionale*, in Giur. cost., 2006, 743 ss.

53. Sul motivazione delle decisioni della Corte costituzionale v. Romboli, *Il significato essenziale della motivazione per le decisioni della Corte costituzionale in tema di diritti di libertà pronunciate a seguito di bilanciamento tra valori costituzionali contrapposti*, in Angiolini (cur.), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 206 ss.; Ruggeri (cur.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Torino, 1994; Spadaro, *Le motivazioni delle sentenze della Corte come “tecniche” di creazione di norme costituzionali*, in Nomos, 1993, 83; A. Saitta, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996.

neare come l'azione della Corte non sia un'attività libera quale quella degli organi politici e come il "se", "su cosa" e "quando" delle proprie decisioni non sia nella disponibilità del Giudice, ma derivi da una serie di regole processuali che, sebbene più elastiche e in parte frutto della stessa giurisprudenza costituzionale, la Corte è tenuta ad osservare.

L'attività della Corte infatti, come esattamente sottolineato⁵⁴, per rispondere al proprio ruolo di garante della Costituzione nei confronti degli organi politici, non può che essere quello di un organo di giustizia, seppure a livello costituzionale, con poteri delimitati e non deve ambire a far evolvere il paese verso principi e valori sostanzialmente nuovi, non possedendo per questo né le capacità professionali, né la forza politica, indispensabili per esercitare vere e proprie funzioni di indirizzo politico. Le finalità sottese alla sua istituzione possono in effetti essere perseguite soprattutto attraverso un sapiente uso delle tecniche processuali e decisorie, mentre il forzare i confini delle proprie competenze esporrebbe la Corte a confronti politici dai quali non potrebbe che uscire sconfitta.

Una Corte costituzionale la quale operasse, al pari dei giudici comuni, con criteri puramente giurisdizionali e priva della necessaria sensibilità politica sarebbe senza dubbio un pessimo Giudice costituzionale, mentre una Corte "quinta colonna di forze politiche esterne"⁵⁵, subalterna alla maggioranza politica sarebbe un Giudice costituzionale inutile, in quanto semplice copertura delle decisioni della maggioranza, in contrasto con il proprio ruolo e la propria natura antimaggioritaria, al servizio della democrazia⁵⁶.

54. De Siervo, *Riflessioni su un'esperienza di lavoro alla Corte costituzionale*, in *Storia, giustizia, costituzione in Storia, giustizia, costituzione*. Per i cinquant'anni della Corte costituzionale, *Giornale di storia costituzionale*, 2006, 88.

Di recente è stato sostenuto che, dato il carattere pluridimensionale dell'attività di controllo della Corte, questa non può trovare legittimazione nei circuiti politico-rappresentativi, ma nell'esercizio di una giurisdizione, per quanto sui generis, che trovi fondamento su criteri sufficientemente stabili e sulla motivazione delle decisioni (Morelli, *Il ruolo e le funzioni della Corte costituzionale nella dinamica dell'ordinamento democratico*, in Ruggeri (cur.), *La ridefinizione della forma di governo* cit., 434 ss.)

55. L'espressione è di Zagrebelsky, *Principi e voti* cit., 60, secondo cui "una Corte politicamente schierata, quinta colonna di forze politiche esterne, meriterebbe puramente e semplicemente di essere soppressa, perché, se pregiudizialmente orientata a favore della maggioranza, non se ne capirebbe l'utilità se non come copertura e inganno della pubblica opinione; se orientata contro, se ne capirebbe forse l'utilità ma mancherebbe totalmente di legittimità".

56. Zagrebelsky, *Le Corti costituzionali, le Costituzioni democratiche, l'interdipendenza e l'indivisibilità dei beni costituzionali*, Discorso pronunciato in Campidoglio per la celebrazione dei 50 anni di attività della Corte costituzionale (Roma 22 aprile 2006), afferma che la "la giustizia costituzionale è una funzione della repubblica, non della democrazia. Le Corti sono ospiti sgraditi in casa d'altri, la democrazia; sono padrone di casa in casa propria, la repubblica".

Secondo Pasquino (Controllo di costituzionalità e forma di governo, in *Storia, giustizia, costituzione* cit., 319-320) la natura non democratica dell'organo di controllo lo mette essenzialmente al riparo della lotta politica di tutti i giorni.

PARTE SECONDA. I giudici comuni.

1. Ruolo del giudice e attività creativa di diritto: la prima "rivoluzione" a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione e del funzionamento della Corte costituzionale

Come anticipato nella premessa a questo scritto, la seconda parte dello stesso sarà dedicata più specificamente al ruolo assunto nel nostro ordinamento dal giudice comune ed alla sua partecipazione ad un'attività non meramente attuativa, ma anche creativa del diritto.

Il tema richiama immediatamente il noto principio della subordinazione del giudice alla legge, che la nostra Costituzione esprime all'art. 101, 2° comma, attraverso l'affermazione secondo cui "i giudici sono soggetti soltanto alla legge", una formula che più di ogni altra, come esattamente rilevato da Gustavo Zagrebelsky⁵⁷, risente però nel suo significato delle caratteristiche generali dell'ordinamento giuridico in cui i giudici sono concretamente chiamati ad operare.

Nella più recente esperienza costituzionale italiana, due momenti in particolare hanno inciso fortemente sul ruolo assegnato al giudice, vale a dire l'entrata in vigore, nel 1948, della Costituzione repubblicana e successivamente la realizzazione dell'ordinamento comunitario.

Con riferimento al primo l'entrata in vigore della Costituzione, in considerazione delle caratteristiche che la contraddistinguono, produce quella che è stata definita una vera e propria "rivoluzione", rispetto all'ordinamento precedente.

Nello stato liberale monoclasse, com'è noto, il diritto si esprime essenzialmente e quasi esclusivamente attraverso la legge formale del parlamento, che costituisce l'unica vera e più importante fonte del diritto. La stessa, in quanto indirettamente espressione della sovranità popolare, viene anche in qualche misura considerata per definizione giusta ed è per ciò che non viene previsto alcun sistema di controllo sulle leggi. Riguardo quindi alla giurisdizione vale nettamente l'assoluto primato della legge ed il giudice è conseguentemente visto come un soggetto che, in considerazione delle proprie capacità tecnico-giuridi-

57. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 206, secondo cui tale principio continua comunque ad essere inteso nel senso del servizio passivo della volontà del legislatore, senza tentarne interpretazioni più conformi al senso che ha oggi il legame tra la legge e la sua attuazione attraverso la giurisdizione.

che, è chiamato ad applicare la stessa, ricercando la volontà con essa espressa dal legislatore. Un giudice, come si dice, “bocca della legge” e meccanico applicatore di un sistema giuridico chiaro e completo.

La “rivoluzione” apportata dalla Costituzione non deriva tanto dal fatto che una nuova fonte viene ad inserirsi nel previgente sistema delle fonti, quanto dalle caratteristiche di questo nuovo tipo di fonte: una fonte gerarchicamente sovraordinata rispetto alla legge (rigidità) ed organizzata più per principi che per regole.

La previsione della superiorità gerarchica della Costituzione, e quindi di limiti invalicabili per il legislatore ordinario, comporta che, a differenza del periodo pre-costituzionale orientato per l'assoluta prevalenza del momento “politico” della formazione del diritto, risulta adesso decisiva, per il rispetto di quei limiti e quindi per l'attuazione dei principi costituzionali, l'attività dei giudici, in stretto raccordo con quella della Corte costituzionale.

Tali principi debbono servire, da un lato, a svolgere una funzione unificante per l'interpretazione delle singole leggi spesso espressione di interessi particolari e, dall'altro, a guidare il giudice nell'individuazione della soluzione specifica per il singolo caso di fronte alla difficoltà della legge di prevedere e regolare i casi concreti. Ne deriva un'indubitabile dilatazione della funzione di interpretazione della Costituzione da parte del giudice che fa definitivamente tramontare la visione di questo come “bocca della legge” o come meccanico applicatore di una regola già interamente contenuta e presente nel dettato normativo.

Come scrive Livio Paladin, con l'entrata in vigore della Costituzione “svanisce l'idea del sistema normativo bello e fatto, ontologicamente dato e quindi preesistente rispetto al momento interpretativo” e “subentra, in suo luogo, la realistica visione di un sistema ‘in movimento’ soggetto a continue evoluzioni: dipendenti non solo dal sopravvenire di nuove discipline, atte a spostare il senso e la portata delle stesse discipline relative ad altre materie o branche dell'ordinamento, ma dall'intrinseco mutare degli indirizzi interpretativi e applicativi, pur fermi restando gli iniziali disposti della Costituzione e delle leggi”⁵⁸.

Similmente è stato sottolineato da più parti⁵⁹ come è attraverso il richiamo alla Costituzione ed ai principi innovatori in essa contenuti - la Grande trasfor-

58. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 110.

59. Cfr., tra gli altri, Treves, *Giustizia e giudici nella società italiana*, Bari, 1972, 155 ss.; Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, 29 ss.; Rebuffà, *La funzione giudiziaria*, Torino, 1988, 127 ss.

mazione del ruolo del diritto nelle moderne società del benessere, di cui parla Mauro Cappelletti⁶⁰ - che si realizza la c.d. rivolta contro il formalismo, ossia contro un'interpretazione formale del diritto rifacentesi all'esigenza di certezza del diritto ed a favore del riconoscimento dell'attività creativa dell'interpretazione con apertura verso la tutela di nuove situazioni emerse successivamente all'entrata in vigore dell'atto normativo interpretato.

Specie di fronte ai diritti sociali, a domande che vengono poste al giudice per la concreta realizzazione degli stessi, questo vede considerevolmente ampliati gli spazi interpretativi nel fare riferimento e dare applicazione ai principi costituzionali.

L'intuizione di Piero Calamandrei in ordine alla Carta costituzionale come fondamento di "una nuova teoria dell'interpretazione delle leggi", non viene immediatamente recepita dalla magistratura la quale, sulla base della VII disposizione transitoria della Costituzione, era pure chiamata a svolgere una sorta di controllo diffuso di costituzionalità delle leggi, in attesa dell'entrata in funzione della Corte costituzionale. I giudici, e quelli della cassazione in particolare, tendono infatti a mantenere una separazione tra il piano della legalità e quello della costituzionalità⁶¹, svalutando il significato ed il valore della Costituzione come fonte del diritto, direttamente applicabile da parte del giudice.

Sintomatica in proposito la scelta operata tra l'effetto di abrogazione e quello di incostituzionalità che si sarebbe verificato a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione nei riguardi delle leggi anteriori. La giurisprudenza della cassazione si orienta nel primo senso, venendo così in qualche modo a considerare la Costituzione come *lex posterior* più che come *lex superior* e riconoscendo l'effetto abrogativo solo in presenza di una chiara incompatibilità tra la disposizione costituzionale e quella legislativa. Di conseguenza viene riconosciuta diretta applicazione solo alle disposizioni costituzionali aventi un contenuto specifico, mentre la si nega per quelle contenenti principi, ritenute come tali rivolte solo al potere legislativo (affinché vi dia attuazione) e non a quello giurisdizionale.

E' questa l'origine della distinzione tra disposizioni costituzionali programmatiche e precettive (e all'interno di queste tra disposizioni ad applicazione diretta o indiretta o differita) operata in particolare dalla giurisprudenza della

60. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984, 22 ss.

61. Luciani parla in proposito, in un recente scritto (Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, II, 501 ss.) di "legalità legale" e di "legalità costituzionale".

cassazione degli anni 1948-1956. Mentre le prime sarebbero state riferibili esclusivamente al potere legislativo ed applicabili solamente dopo l'intervento di attuazione dello stesso, le seconde, se precettive e ad applicazione diretta, avrebbero prodotto l'abrogazione delle precedenti disposizioni di legge.

Un momento di grande rilievo, per il tema che stiamo trattando, è rappresentato dall'entrata in funzione nel 1956 della Corte costituzionale, la quale è inevitabilmente subito chiamata a prendere posizione in ordine al problema relativo al rapporto tra i due piani prima accennati: quello della legalità e quello della costituzionalità. In concreto, a fronte di una questione di legittimità costituzionale sollevata da un giudice nel corso di un giudizio, la Corte costituzionale deve decidere se debba ritenersi di esclusiva competenza del giudice comune l'interpretazione della legge e quindi essa debba limitarsi ad assumere la stessa così come interpretata dal giudice oppure se essa possa a sua volta interpretare la legge in maniera eventualmente diversa rispetto a quella fatta propria dal giudice. Con ciò superando la distinzione dei piani (al giudice la legge, alla Corte la Costituzione, secondo l'espressione di Carlo Mezzanotte)⁶².

La Corte costituzionale, fin dalle prime decisioni, mostra di accogliere con fermezza la seconda soluzione, come mostrano inequivocabilmente le pronunce interpretative di rigetto, attraverso le quali la Corte dichiara non fondata la questione di costituzionalità, ma fornisce al contempo una lettura interpretativa della stessa tale da evitare la dichiarazione di incostituzionalità. La legge in altri termini viene "salvata" dalla incostituzionalità, a condizione che il giudice segua l'interpretazione indicata dalla Corte come l'unica costituzionalmente conforme.

Questa posizione del Giudice costituzionale produce una reazione da parte soprattutto della Corte di cassazione, la quale si sente in qualche misura espropriata del potere di interpretazione e di nomofilachia, dando luogo a quella che è stata definita la "guerra tra le due corti"⁶³.

La situazione di "guerra" è stata in seguito superata attraverso il riferimento fatto dalla giurisprudenza costituzionale alla nozione di "diritto vivente" ossia alla legge come interpretata ed applicata dalla giurisprudenza.

62. Mezzanotte, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in *Attualità e attuazione della Costituzione*, Bari, 1979, 160.

63. Per una ricostruzione dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di cassazione e delle vicende che li hanno caratterizzati, v. Campanelli, *Incontri e scontri tra Corte suprema e Corte costituzionale in Italia e in Spagna*, Torino, 2005, spec. 157 ss.

La Corte costituzionale ha parlato, in proposito, di “approdo interpretativo pressochè incontrastato in giurisprudenza” o di “soluzione interpretativa collaudata”, di “consolidata giurisprudenza della cassazione” o di “giurisprudenza dominante”, mentre ha escluso che possano concretizzare un diritto vivente le prassi o le direttive amministrative. Più in particolare è stato sottolineato, anche nelle ricostruzioni del concetto operate dalla dottrina, come non sia sufficiente una decisione, neppure se della cassazione, a determinare la nascita di un diritto vivente, ma occorra una giurisprudenza costante anche dei giudici di merito, pur se accanto all’aspetto quantitativo occorre tenere di conto, come ha sottolineato anche il Presidente della Corte costituzionale Granata, pure di quello qualitativo e quindi essenzialmente della giurisprudenza della cassazione. Niente vieta ovviamente che il diritto vivente, pur formatosi, possa, a seguito della pronuncia di decisioni di segno interpretativo diverso, ritenersi interrotto e quindi non più esistente.

L’aspetto comunque più importante da sottolineare è quello per cui, sulla base della suddetta giurisprudenza costituzionale, appare evidente come una legge possa dare luogo a differenti interpretazioni, tutte astrattamente possibili e come la scelta tra di esse debba essere orientata alla luce della Costituzione, preferendo cioè quella più in linea con il dettato costituzionale. E’ immediatamente percepibile, in altri termini, che l’operazione condotta dalla Corte costituzionale attraverso le pronunce interpretative può (o deve) essere operata anche da parte del giudice comune nel decidere le controversie ad esso proposte.

2. La tutela dei diritti fondamentali da parte dei giudici, nell’assenza della legge, attraverso l’applicazione diretta della Costituzione

La magistratura pare chiaramente prendere coscienza del significato e del ruolo che la Costituzione viene in tal modo ad assumere per l’attività interpretativa del diritto e degli insegnamenti forniti dalla ricordata giurisprudenza costituzionale. Nel corso del Congresso che l’Associazione nazionale magistrati tiene a Gardone nel 1965 fu infatti approvato un ordine del giorno⁶⁴ in cui si respin-

64. Questo il testo completo dell’ordine del giorno approvato a conclusione dei lavori del congresso di Gardone: “Il congresso afferma che il problema dell’indirizzo politico nell’ambito della funzione giurisdizionale non si pone, ovviamente, in termini di indirizzo politico contingente, che spetta alle forze politiche, titolari della funzione legislativa ed esecutiva, bensì in termini di tutela dell’indirizzo politico-costituzionale, in quanto la Costituzione ha codificato determinate scelte politiche fondamentali, imponendole a tutti i poteri dello Stato, ivi compreso quello giudiziario e attribuendo a quest’ultimo, oltre che al Capo dello Stato e alla Corte costituzionale, il compito di garantirne il rispetto; sottolinea

geva la pretesa di ridurre l'interpretazione "ad una attività puramente formalistica indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese" e, nel delineare la posizione del giudice di fronte alla legge, veniva espressamente indicata la necessità di interpretare la stessa alla luce della Costituzione, seguendo un'interpretazione "adeguatrice" e, solo quando la lettera della legge non lo consentisse, veniva indicata la necessità di proporre alla Corte una questione di legittimità costituzionale⁶⁵.

Lo stesso ordine del giorno indicava espressamente la spettanza al giudice del potere di applicazione diretta della Costituzione (*Drittwirkung*), quando ciò fosse tecnicamente possibile⁶⁶.

Ciò presuppone una concezione della Costituzione vista non soltanto in posizione di "difesa" nei riguardi di interventi positivi del legislatore lesivi di interessi costituzionalmente tutelati, ma come atto normativo che può essere utilizzato anche e soprattutto in caso di inerzia ed omissioni del legislatore e pure nei

che la retta consapevolezza di questi principi da parte del giudice è necessaria ai fini di una sempre più completa attuazione della Costituzione; afferma che spetta pertanto al giudice, in posizione di imparzialità e indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere, 1) applicare direttamente le norme della Costituzione, quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statale. Si dichiara decisamente contrario alla concezione che pretende di ridurre l'interpretazione ad un'attività puramente formalistica indifferente al contenuto ed all'incidenza concreta della norma nella vita del paese. Il giudice, all'opposto, deve essere consapevole della portata politico-costituzionale della propria funzione di garanzia, così da assicurare, pur negli invalicabili confini della sua subordinazione alla legge, una applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione".

65. Nonostante ciò quest'ultima soluzione viene in pratica seguita con maggiore frequenza rispetto alla prima, anche perché solo così (attraverso l'autorevole interpretazione fornita dal Giudice costituzionale o la dichiarazione di incostituzionalità della norma impugnata) si è certi di poter superare la diversa interpretazione fatta propria dalla Corte di cassazione. Si viene cioè a determinare una sorta di alleanza tra la parte più giovane della magistratura e la Corte costituzionale a favore della realizzazione dei principi espressi dalla Costituzione.

66. In questi casi si è parlato, a mio avviso impropriamente, di "uso alternativo del diritto", ad indicare un comportamento tendente, in nome dei principi costituzionali e facendo diretta applicazione degli stessi, alla disapplicazione della legge. Come da tempo è stato sottolineato, parrebbe preferibile parlare in proposito di un "uso costituzionale" del diritto, dal momento che il giudice non procede affatto a disapplicare una legge, bensì a riempire i vuoti esistenti, specie in certe materie, e con riferimento ai diritti sociali (si pensi all'ambito dei diritti della persona, al diritto al lavoro, alla salute, solo per fare qualche esempio), derivando la soluzione direttamente dalla Costituzione.

Cfr., tra gli altri, Natoli, "Alcune osservazioni su Costituzione, interpretazione evolutiva e giurisprudenza alternativa", in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana ed inglese a confronto*, Milano, 1983, vol. I, 281-282.

rapporti interprivati. La possibilità cioè che tra privati i principi costituzionali siano invocati per misurare l'esercizio delle libertà, controllare le manifestazioni del potere e giudicare della stessa validità delle esplicazioni dell'autonomia negoziale.

In una situazione di grave ritardo o di persistente inerzia del legislatore i giudici comuni (come pure, ovviamente, la Corte costituzionale) si sono trovati ad essere destinatari di tutta una serie di domande sociali ed hanno quindi cercato, attraverso l'applicazione diretta dei principi costituzionali, di porre rimedio alle omissioni legislative dando tutela alle nuove istanze sociali che non trovavano riconoscimento nella legislazione civilistica.

L'applicazione diretta della Costituzione non può ovviamente significare il riconoscimento al giudice del potere di disapplicare per questo la legge. Allorchè infatti, in presenza di una legge non conforme alla Costituzione, non sia tecnicamente possibile (in quanto esorbitante dai poteri rientranti nella funzione interpretativa) procedere, nel senso visto, ad una interpretazione "adeguatrice", il giudice deve necessariamente ed obbligatoriamente sollevare apposita questione di costituzionalità davanti alla Corte. L'applicazione diretta della Costituzione presuppone pertanto l'esistenza di clausole generali da specificare nel loro contenuto oppure di veri e propri vuoti normativi da riempire applicando i principi generali dell'ordinamento e quindi in primis i principi costituzionali.

Molte, e relative a diversi settori dell'ordinamento, sono state in questi anni le ipotesi di applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici comuni. Questa sede non consente un'esposizione completa ed esauriente di tali ipotesi, per la quale non posso che rinviare alle specifiche ricerche svolte in materia⁶⁷, per cui mi limiterò qui a segnalare, con carattere esemplificativo, alcuni dei settori in cui l'applicazione diretta della Costituzione ha avuto una maggiore e più diffusa applicazione.

Innanzitutto, nell'ambito dei diritti della persona, un ruolo importante ha svolto il riferimento all'art. 2 Cost., il quale tutela "i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità" e richiede "l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà". Tale disposizione è stata prevalentemente interpretata come una fattispecie "aperta", tale cioè da poter essere riferita, nella parte relativa alla tutela dei diritti inviolabili, anche

67. Cfr., da ultimo, Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in Quaderni costituzionali, 2007 ed Autori ivi citati.

a quei diritti della personalità che sono stati definiti “diritti nuovi”, in quanto l’esigenza di una loro tutela è sorta successivamente all’entrata in vigore della Costituzione a seguito dell’evoluzione del costume o dello sviluppo delle scienze (ad esempio le situazioni legate ad atti di disposizione del proprio corpo, alla tutela del diritto al nome o, più recentemente, al c. d. diritto all’oblio). Per la parte relativa al dovere di solidarietà, il riferimento all’art. 2 Cost. è stato sovente richiamato ad integrazione dei rapporti tra privati. Sempre nell’ambito dei diritti della persona e delle formazioni sociali il giudice in varie occasioni ha fatto diretta applicazione del principio di eguaglianza sostanziale, contenuto nell’art. 3, 2° comma, Cost., dell’art 15 Cost. ai fini della tutela della *privacy*, degli art. 17 e 18 Cost., a proposito della libertà di riunione e di associazione.

Uno dei campi nel quale abbastanza frequente è stata l’applicazione diretta di principi costituzionali è stato quello del diritto del lavoro, per il quale, oltre all’art. 4 Cost. (diritto al lavoro), si è fatto spesso applicazione diretta dell’art. 36, 1° comma, Cost., per la determinazione in concreto della misura della retribuzione, dell’art. 36, 2° e 3° comma, Cost., relativamente alla durata della giornata lavorativa, al diritto al riposo settimanale ed alle ferie annuali, dell’art. 37 Cost., in ordine alla posizione della donna lavoratrice e alla tutela del lavoro minorile, dell’art. 40 Cost. relativamente all’esercizio del diritto di sciopero.

Nell’ambito dei diritti sociali frequente è stata la diretta applicazione, da parte dei giudici comuni, dell’art. 32 Cost. sulla tutela del diritto alla salute ed è in base alla ritenuta diretta applicabilità dello stesso nei rapporti interprivati che si è giunti al riconoscimento del c.d. danno biologico, ossia della responsabilità civile e dell’obbligo di risarcimento non soltanto per i danni patrimoniali in senso stretto, ma per tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana. Frequente pure l’applicazione diretta dell’art. 38 Cost. circa i problemi inerenti l’assistenza sociale e le assicurazioni obbligatorie sul lavoro.

Infine la Costituzione ha avuto una serie di applicazioni dirette connesse alle garanzie processuali ed al diritto di difesa, ad esempio relative all’art. 13 Cost., circa le limitazioni alla libertà personale, 24 Cost., diritto di difesa in ogni stato e grado, art. 111 Cost., circa il ricorso in cassazione contro provvedimenti giudiziari, art. 113 Cost., in ordine alla giustizia amministrativa.

In alcuni casi l’applicazione diretta della Costituzione da parte del giudice comune è stata in qualche modo “aperta” da interventi della Corte costituzionale, la quale ha proceduto eliminando gli ostacoli che diversamente si sarebbero posti

ad un'applicazione diretta o il carattere rigido della regola, riconoscendo e sollecitando il potere di apprezzamento del giudice caso per caso, sulla base dei principi costituzionali individuati e sottolineati dalla stessa Corte costituzionale. Così facendo la Corte pare superare definitivamente, ribaltandone i presupposti, la teoria del carattere programmatico di certe disposizioni costituzionali, la quale, in difesa del formalismo giuridico, tendeva appunto ad escludere l'applicazione giurisprudenziale di disposizioni costituzionali non del tutto determinate e ad evitare che il contenuto del principio fosse stabilito dal giudice caso per caso.

L'attività interpretativa del giudice non si riduce quindi ad una scelta tra due diverse letture di un testo normativo, ma diviene un'operazione più complessa, spesso "aperta" o resa possibile attraverso pronunce "di principio", di cui già abbiamo parlato, con cui la Corte si limita ad esprimere principi costituzionalmente rilevanti, cui il giudice dovrà attenersi nella sua attività interpretativa, in tal modo sostituendo "ad una regola rigida, stabilita dalla legge, una norma flessibile ed adattabile al caso, aprendo la strada a nuovi ambiti di discrezionalità dei giudici e secondo taluno tendendo addirittura a configurare un diritto casistico in luogo di un diritto per regole generali"⁶⁸.

3. La creazione di diritto attraverso l'attività interpretativa del giudice e la progressiva valorizzazione della stessa da parte della Corte costituzionale

Con riferimento ai poteri interpretativi del giudice, la giurisprudenza costituzionale tende ad una chiara e progressiva valorizzazione degli stessi, sia come conseguenza del ricorso a determinate tecniche decisorie (il giudizio per valori, il necessario bilanciamento, il controllo della ragionevolezza della leggi), sia attraverso affermazioni specificamente rivolte ai poteri interpretativi del giudice con riguardo alla soluzione dell'incidente di costituzionalità.

Così in varie occasioni la Corte costituzionale ha precisato che il giudice, di fronte a più possibili interpretazioni, ha innanzi tutto l'obbligo di scegliere quale di esse intende seguire, escludendo che egli possa sollevare una questione di costituzionalità al solo scopo di richiedere alla Corte la soluzione di un mero dubbio interpretativo, dal momento che ciò rientra nei poteri dell'autorità giudiziaria oppure che un'eccezione di costituzionalità possa essere proposta alla Corte al solo

68. Così Onida, *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in Carlassare (cur.), *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Padova, 1998, 187.

scopo di far prevalere un'interpretazione della legge rispetto ad altra, dovendo essere il giudice a scegliere l'interpretazione conforme alla Costituzione.

Un'affermazione in proposito assai importante, più volte ripetuta negli ultimi anni da parte del Giudice costituzionale, è quella secondo cui una legge non può essere denunciata e dichiarata incostituzionale solo perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma deve esserlo solamente quando è impossibile darne interpretazioni costituzionalmente conformi.

La tendenza che emerge dalla sopracitata giurisprudenza costituzionale è chiaramente nel senso di sollecitare il giudice a fare uso dei propri poteri interpretativi allo scopo di valutare, preventivamente, se esiste la possibilità di superare i dubbi di costituzionalità attraverso un'interpretazione "adeguatrice", evitando così di coinvolgere nella soluzione del dubbio la Corte costituzionale, la quale pare recentemente impegnata a valorizzare appunto l'attività interpretativa della legge e della Costituzione (e della prima alla luce della seconda) da parte del giudice, evitando di assumere essa stessa interpretazioni "militanti", come avveniva con le decisioni interpretative di rigetto della prima maniera.

La richiesta, da parte della Corte, al giudice di seguire, quando possibile, un'interpretazione della disposizione impugnata che valga a salvare la stessa dalla dichiarazione di incostituzionalità, dapprima presentata come un invito, una richiesta al giudice a quo, si è in questi ultimi anni trasformata in un obbligo per quanti intendano proporre eccezioni di costituzionalità. Accanto infatti alle tradizionali condizioni, poste dalla legge, della "rilevanza" e della "non manifesta infondatezza" che l'autorità giudiziaria deve necessariamente valutare prima di rimettere una questione alla Corte, questa ha adesso aggiunto, in via giurisprudenziale, una terza condizione rappresentata dall'aver il giudice sperimentato previamente la possibilità di una interpretazione "adeguatrice" o "conforme". La questione di costituzionalità infatti viene attualmente dichiarata inammissibile (o più spesso manifestamente inammissibile) qualora esista, in giurisprudenza, una diversa lettura della disposizione impugnata che superi i dubbi di costituzionalità e comunque nel caso in cui il giudice rimettente non dimostri di aver sperimentato la possibilità di giungere ad una interpretazione "conforme" a Costituzione⁶⁹.

69. Circa l'obbligo, per il giudice, di dimostrare, pena la dichiarazione di inammissibilità della questione di costituzionalità, di aver sperimentato la possibilità di superare il dubbio di costituzionalità attraverso un'interpretazione "adeguatrice", con riguardo alla più recente giurisprudenza costituzionale, v. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale, in Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2005-2007)*, Torino, 2008, 83 ss.

In una recente occasione – relativa ad una questione di costituzionalità circa la mancata previsione del rilascio del permesso di soggiorno, al compimento della maggiore età, per i minori stranieri sottoposti a tutela, quando ciò era invece previsto per i minori dati in affidamento – la Corte costituzionale ha rilevato come l'interpretazione letterale della disposizione impugnata poneva la stessa in sicuro contrasto con il principio personalista della nostra Costituzione ed ha suggerito al giudice, attraverso una pronuncia di infondatezza, una integrazione della disposizione in via analogica, sulla base della comparazione fra i presupposti e le caratteristiche del rapporto di tutela del minore e del rapporto di affidamento, concludendo che, nonostante la diversa previsione normativa, la disposizione impugnata doveva ritenersi riferita anche ai minori stranieri sottoposti a tutela⁷⁰.

Nel valorizzare il ruolo del giudice la Corte costituzionale pare in qualche misura spingere verso una progressiva, maggiore espansione della funzione dello stesso di "giudice dei diritti" - rispetto a quella di "giudice della legalità"⁷¹ - venendo, con qualche vaga somiglianza all'attività propria della Corte di Lussemburgo, a dare essa la corretta interpretazione della Costituzione e della legge alla luce della prima o fissando i principi e lasciando poi al giudice di risolvere il caso specifico secondo quella interpretazione o in applicazione di quei principi, anche quando ciò comporti una evidente forzatura (che pare, in certi casi, quasi avvicinarsi ad una disapplicazione) della disposizione impugnata.

70. Corte cost. 5 giugno 2003, n. 198, Giur. cost., 2003, 1520. Il giudice a quo rilevava come la disposizione impugnata prevede la possibilità che sia rilasciato, in certe condizioni, il permesso di soggiorno al minore straniero in condizione di affidamento e non anche per quelli sottoposti a tutela, osservando altresì come, stante la chiara ed inequivoca lettera della legge, non era ammissibile un'interpretazione estensiva tale da ritenere la stessa previsione valida anche per la differente situazione della tutela. Per questo l'autorità giudiziaria domandava alla Corte una pronuncia di incostituzionalità della disposizione impugnata, per la parte in cui non riteneva applicabile quanto in essa previsto anche alla situazione dei minori sottoposti a tutela.

La Corte ha invece affermato che lo stesso risultato poteva essere raggiunto, se non attraverso un'interpretazione estensiva, comunque attraverso un'integrazione in via analogica, sulla base della comparazione fra i presupposti e le caratteristiche del rapporto di tutela del minore e del rapporto di affidamento, entrambi finalizzati ad assicurare la cura del minore, nonché sulla base della sostanziale eguaglianza delle situazioni di fatto nelle quali si trovano i minori stranieri in affidamento o sottoposti a tutela.

71. In ordine alla evoluzione del rapporto fra giudice e legislatore, nel senso della accentuazione del ruolo di "giudice dei diritti" rispetto a quello di "giudice della legalità", v. F.G.Pizzetti, *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, 2003, 243 ss.

4. La seconda “rivoluzione” a seguito della realizzazione dell’ordinamento comunitario: il potere del giudice di disapplicare (o non applicare) la legge

Un secondo momento da sottolineare per l’incidenza sul ruolo del giudice comune, nell’evoluzione del sistema delle fonti del diritto, è rappresentato, come anticipato, dalla realizzazione dell’ordinamento comunitario, a proposito del quale si parla della creazione di un nuovo diritto comune europeo, fondato finora, e nel prossimo futuro, in maniera determinante dal confronto tra le decisioni giurisprudenziali che, a diverso livello, assumeranno gli organi giurisdizionali nazionali e sopranazionali. Un esplicito riconoscimento del valore della giurisprudenza per la realizzazione dell’ordinamento comunitario è contenuto nel preambolo della Carta di Nizza del 2000 dove si legge che la Carta riafferma “i diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell’uomo”.

Volendo richiamare i punti di arrivo di quello che è detto il “cammino comunitario”, per quanto concerne in specifico i riflessi sul ruolo del giudice, possiamo sottolineare, da un lato, l’affermazione del primato del diritto comunitario su quello nazionale - essendo all’evidenza uscita ormai definitivamente sconfitta la teoria dualista, ancora a parole riaffermata dalla nostra Corte costituzionale, a vantaggio della teoria monista da sempre sostenuta dalla Corte europea - e, dall’altro, il conseguente potere-dovere del giudice di sottoporre, in caso di dubbio ed in via pregiudiziale, alla Corte di Lussemburgo la questione relativa all’interpretazione del diritto comunitario, nonché l’obbligo di disapplicazione (o non applicazione) del diritto nazionale, qualora lo stesso sia ritenuto in contrasto con il diritto comunitario.

L’importanza ed il ruolo centrale che viene ad assumere il giudice nazionale deriva dal fatto che la Corte di giustizia, al fine di rendere efficaci i vincoli derivanti per gli stati membri dal diritto comunitario, ha pensato di appoggiare il compito di controllare, e in parte di sanzionare, gli stati ai loro giudici nazionali, attraverso appunto gli strumenti della pregiudiziale comunitaria e del potere-dovere di disapplicazione. Il ricorso da parte del giudice alla Corte europea per la interpretazione pregiudiziale del diritto comunitario è poi venuto ad assumere un’efficacia decisamente maggiore a seguito del riconoscimento, da parte della Corte costituzionale, della efficacia di fonte del diritto anche alle sentenze interpretative della Corte di Lussemburgo⁷², come ribadito di recente dalla giu-

72. Si veda in proposito Martinico, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come forme di produzione normativa*, in Riv. dir. cost., 2004, 249 ss.

risprudenza costituzionale che ha restituito gli atti al giudice *a quo* per un riesame della rilevanza a seguito di "ius superveniens", dove lo "ius" era appunto rappresentato da una sentenza interpretativa della Corte di giustizia⁷³.

Attraverso la possibilità di disapplicazione della fonte nazionale, in quanto contrastante con il diritto comunitario, il giudice comune viene così ad esercitare una sorta di controllo diffuso di "comunitarietà" nei confronti della legge nazionale, che segue spesso al rinvio pregiudiziale. Quest'ultimo infatti viene ad assumere caratteri, per certi versi simili a quelli della pregiudiziale di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale, dal momento che, com'è stato opportunamente notato⁷⁴, si viene, di fatto, ad esercitare un controllo sulla conformità della legge nazionale al diritto comunitario allorché la Corte di giustizia, come spesso accade, non si limita a rispondere al quesito posto dal giudice, ma si spinge oltre dando esplicitamente un giudizio in ordine ad una determinata disciplina ("la direttiva X osta ad una disciplina nazionale che preveda") oppure "l'art. Y del TCE deve interpretarsi nel senso che osta ad una regola quale quella dell'art. Z della legge nazionale XY").

Il giudice nazionale viene pertanto a trovarsi nella condizione di dover seguire l'interpretazione conforme, non solamente con riguardo alla Costituzione, ma pure con riferimento al diritto comunitario (così come, in varie occasioni, sottolineato dalla Corte di giustizia) e, allorché non ritenga possibile fare ciò direttamente, è tenuto ad investire, attraverso la richiesta pregiudiziale, la Corte costituzionale oppure la Corte di giustizia⁷⁵. In certe ipotesi può darsi che le due ven-

73. Corte cost., ord. 14 marzo 2003, n. 62 e ord. 20 aprile 2004 n. 125, Foro it., 2004, I, 2299, le quali si fondano sull'affermazione secondo cui i principi enunciati nelle decisioni della Corte di giustizia si inseriscono direttamente nell'ordinamento interno ed hanno quindi valore di fonte del diritto e di *ius superveniens*.

74. Cfr. Calvano, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Roma, 2004, 240 ss.; Giovanetti, *Riflessioni sul controllo di legalità comunitaria tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte di giustizia*, in *Scritti dei dottorandi cit.*, 421 ss.

75. Il giudice nazionale viene infatti invitato dalla Corte di Lussemburgo (ed anche, in alcuni casi, dalla Corte costituzionale) a procedere ad una interpretazione della legge nazionale conforme al diritto comunitario, prima di procedere alla disapplicazione della prima per contrasto con il secondo. Una lettura quindi che tenda a "salvare" la legge dalla disapplicazione.

Il riferimento, nella giurisprudenza comunitaria, alla necessità di un'interpretazione conforme risale al 1984 (sent. 10 aprile 1984, Von Colson e Kamann, causa C-14/83), affermazione poi ribadita più puntualmente nel 1988 (sent. 4 febbraio 1988, Murphy, causa C-157/86). Più recentemente è stato affermato che l'"esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia delle norme comunitarie quando risolve la controversia ad esso sottoposta" (sent. 5 ottobre 2004, Pfeiffer, cause riunite da C-397/01 a C-403/01) e che "l'obbligo di interpretazione conforme è uno degli 'effetti strutturali' della norma comunitaria che consente, assieme allo strumento più invasi-

gano a porsi entrambe, contemporaneamente, con riferimento ad uno stesso caso, determinandosi il fenomeno della c.d. doppia pregiudizialità⁷⁶, con la necessità per il giudice di stabilire in quale rapporto stiano tra di loro l'una e l'altra e quale quindi debba essere esercitata per prima⁷⁷.

Attraverso il raccordo con la Corte di giustizia è pertanto consentito al giudice comune di superare, dandosi certe condizioni, anche l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale e soprattutto quella del legislatore nazionale.

Esemplare in proposito il recente caso in materia ambientale, relativo alla nozione di "rifiuto" di cui all'art. 6, 1° comma, lett. a), d. lgs. 5 febbraio 1997 n. 22, sul quale si era creata una giurisprudenza dei giudici comuni ormai consolidata, fondata principalmente sulla giurisprudenza della Corte di giustizia. Il governo italiano ha ritenuto quella interpretazione particolarmente restrittiva e tale da poter pregiudicare la competitività sul mercato di vari settori della nostra industria e, di conseguenza, ha approvato un decreto-legge (8 luglio 2002 n. 138, convertito in legge 8 agosto 2002 n. 178), con cui ha fornito l'interpretazione autentica della nozione

vo dell'efficacia diretta, l'adeguamento del diritto interno ai contenuti ed agli obiettivi dell'ordinamento comunitario (conclusioni presentate il 30 giugno 2005 dall'avv. gen. Tizzano sul caso Mangold, causa C-144/04).

Spesso i "suggerimenti" della Corte di giustizia si presentano sotto una forma simile a quella delle sentenze interpretative di rigetto della nostra Corte costituzionale, altre volte sotto quella che potrebbe invece accostarsi alle nostre sentenze additive o sostitutive.

Trattandosi di suggerimenti relativi in sostanza all'interpretazione da dare, da parte giudice, al diritto nazionale più che a quello comunitario, ci potremmo chiedere quale grado di vincolatività essi posso avere per i giudici nazionali.

In proposito v. lo studio di Giovanetti, *L'Europa dei giudici. La funzione giurisdizionale nell'integrazione comunitaria*, Torino, 2009.

76. Sulla quale v., di recente, Sorrentino, *E' veramente inammissibile il "doppio rinvio"?*, in *Giur. cost.*, 2002, 783 ss.; Celotto, *Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze tra giudizio di costituzionalità e giudizio di "comunitarietà"*, *ivi*, 2004, 1732 ss.

77. In proposito la Corte costituzionale ha ritenuto che la pregiudiziale comunitaria debba precedere quella costituzionale ed infatti, anche di recente, ha rinviato a nuovo ruolo (in attesa della decisione della Corte di giustizia) la pronuncia in ordine ad una questione di legittimità costituzionale sollevata da un giudice in via incidentale, sulla base dell'informazione, comunicata in udienza dall'Avvocatura dello Stato, che la medesima questione era stata sollevata, da altri giudici, alla Corte di Lussemburgo, per un'interpretazione ai sensi del TCE (v. *Corte cost.*, ord. 1° giugno 2004, n. 165, *Foro it.*, 2004, I, 2299).

Di fronte ad un giudice che aveva esercitato entrambe le pregiudizialità contemporaneamente, la Corte ha risposto dichiarando manifestamente inammissibile la questione di costituzionalità, per manifesta contraddittorietà della stessa, in quanto la pregiudiziale comunitaria tende ad accertare se la norma censurata sia compatibile con l'ordinamento comunitario, e quindi applicabile nell'ordinamento italiano, mentre la questione di costituzionalità presuppone che la norma, di cui il giudice stesso ha sollecitato l'interpretazione della Corte di giustizia, sia applicabile (ord. 21 marzo 2002, n. 85, *Foro it.*, 2002, I, 1603).

di "rifiuto", in palese contrasto con la giurisprudenza comunitaria. Alcuni giudici nazionali hanno in seguito proposto questione pregiudiziale, chiedendo alla Corte di giustizia di pronunciarsi in merito alla compatibilità con il diritto comunitario della nozione di "rifiuto" desumibile dalla legge di interpretazione autentica ed essa si è espressa in senso negativo, confermando la propria precedente giurisprudenza in materia⁷⁸ e consentendo al giudice di disapplicare la normativa nazionale.

Il ruolo pertanto che viene richiesto al giudice nazionale, a seguito della realizzazione dell'ordinamento comunitario, è pertanto veramente centrale e complesso, egli infatti, come ha sostenuto il presidente della Corte di giustizia Rodriguez Iglesias⁷⁹, ha due cappelli, ma li porta contemporaneamente e non uno dopo l'altro.

Con l'ordinamento comunitario le funzioni del giudice vengono quindi ad ampliarsi ed arricchirsi di nuovi strumenti ed istituti, che producono inevitabilmente un ampliamento del proprio potere interpretativo, che lo conduce, come detto, alla possibilità anche di non dare applicazione ad una legge dello stato. Il giudice infatti viene a rivestire il ruolo di giudice della legalità dell'ordinamento, anche se rispetto ad esso viene ad avere sempre maggiore rilievo quello di giudice dei diritti; il giudice è il portiere (l'unico portiere potremmo aggiungere) della Corte costituzionale, ma deve evitare di aprire la porta quando il dubbio di costituzionalità può essere superato facendo ricorso ai propri poteri interpretativi (c.d. interpretazione conforme) e può, ricorrendone le condizioni, risolvere il caso applicando direttamente la Costituzione; il giudice deve pure perseguire un'interpretazione adeguatrice della normativa nazionale al diritto comunitario e, quando necessario, proporre la questione interpretativa alla Corte di giustizia di Lussemburgo, nonché, anche sulla base della risposta di quest'ultima, procedere alla diretta disapplicazione (o non applicazione) della legge nazionale ritenuta in contrasto con il diritto comunitario.

5. La produzione del diritto da parte dei giudici: forme, modalità e legittimazione rispetto alla produzione del diritto da parte dei soggetti politici

A fronte del ruolo che il giudice è chiamato oggi ad assolvere e che ho cercato sommariamente di riassumere, nei suoi elementi più rilevanti, il problema

78. Corte giust. Cee, sez. II, 11 novembre 2004, causa C457/02, Foro it., 2005, IV, 16, con nota di Amendola, "Rifiuto": non era autentica l'interpretazione italiana e di Paone, La nozione di rifiuto tra diritto comunitario e diritto penale.

79. Rodríguez Iglesias, *Intervento all'Incontro di studio tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle comunità europee*, Roma, Palazzo della Consulta, 4-5 aprile 2002, Roma, 2003.

della natura creativa o meno dell'attività interpretativa o della ricerca e ricostruzione della volontà del legislatore (o dei legislatori, come sarebbe più corretto dire) potrebbe essere risolto attraverso due sole parole, quelle usate in proposito venti anni fa da Mauro Cappelletti: "verità banale". Egli infatti nella premessa al suo volume "Giudici legislatori?", osservava come lo scopo dello scritto non era certamente quello di "dimostrare la verità banale, anche se infinite volte in ogni epoca e con tanta inesauribile perseveranza negata o nascosta, della creatività della giurisprudenza"⁸⁰.

Affermare la natura creativa della giurisprudenza significa ammettere – senza poter affrontare il delicato tema del valore del precedente giudiziario come fonte del diritto, anche quando ad esso non viene formalmente riconosciuta forza vincolante - che anche i giudici, nei limiti e nelle forme fissati dall'ordinamento, concorrono alla determinazione ed alla produzione del diritto. Ciò non vuol dire affatto ovviamente porre questi ultimi sullo stesso piano del legislatore, ma che il principio di soggezione del giudice alla legge significa innanzi tutto, come da tempo affermato e dimostrato da Pizzorusso⁸¹, soggezione al diritto e che il rapporto tra legislatore e giudici non è, come già sostenuto da Carlo Esposito⁸² e da Salvatore Satta⁸³, quello di una "assurda gerarchia", ponendosi i due soggetti in una posizione di assoluta parità, ognuno certamente secondo il proprio ruolo, nello svolgimento e nella determinazione dell'ordinamento giuridico.

Come scrive Gustavo Zagrebelsky, chiudendo il suo notissimo scritto sul diritto mite, il legislatore deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi trattate come "parti" del diritto, non come "tutto il diritto", né i giudici possono ritenersi i padroni del diritto nello stesso senso in cui il legislatore lo era nel secolo scorso, essendo essi più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia; "il diritto non è oggetto in proprietà di uno ma deve essere oggetto delle cure di tanti"⁸⁴.

La produzione del diritto ad opera del legislatore e del giudice avviene certamente con forme e modalità differenti ed entrambi i soggetti operano nell'ordinamento secondo differenti forme di responsabilità e di legittimazione democra-

80. Cappelletti, *Giudici legislatori?* cit., I.

81. Pizzorusso, *Intervento al Convegno di Senigaglia 9-11 novembre 1979*, in *Giust. e Cost.*, 1980, 3-4, 183 ss e *Intervento*, in *I poteri del giudice civile di fronte alla legge*, Rimini, 1985, 219 ss.

82. Satta, *Norma, diritto, giurisdizione*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Padova, 1973, III.

83. Esposito, *La validità delle leggi*, Milano, 1934.

84. Zagrebelsky, *Il diritto mite* cit., 213.

tica. Come scrive recentemente Alessandro Pizzorusso, l'atto legislativo è rivolto direttamente a produrre diritto ed impone una regola per il futuro, mentre l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme previgenti, con l'effetto solo indiretto di produzione normativa e, mentre il primo è fondato sulla volontà politica, il secondo trova il suo fondamento nella forza della ragione ed è qualificabile come fonte culturale⁸⁵.

La legittimazione dell'attività di produzione del diritto da parte del legislatore si ricollega al rapporto di rappresentanza diretta del corpo elettorale, al quale esso risponderà delle proprie scelte e pertanto le modalità dell'intervento sono tali che spetterà solo ad esso stabilire se farlo, quando farlo e con quale specifico contenuto. Al legislatore è consentito anche, attraverso l'esercizio del proprio potere normativo, di contrastare eventuali interpretazioni, ritenute non corrette, date alle proprie leggi, attraverso l'approvazione di leggi di interpretazione autentica, le quali possono prevedere anche la loro applicazione per i procedimenti in corso (leggi in varie occasioni ritenute dalla Corte costituzionale non in contrasto con la Costituzione) ed a lui rimane altresì l'ultima parola anche nei riguardi di dichiarazioni di incostituzionalità delle proprie leggi, avendo il potere di revisione costituzionale, seppure è auspicabile che tale potere venga usato solo rarissimamente e per situazioni assolutamente eccezionali.

Diversa è invece da ritenere la fonte di legittimazione dell'attività normativa, nel senso detto, del giudice, il quale incontra innanzi tutto una serie di vincoli e di limiti, a partire ovviamente dalla lettera della legge, dalle regole dell'interpretazione comunemente accettate, nonché, con la dovuta cautela, da quella che Ross chiama la "tradizione culturale", vale a dire i fattori morali, economici, politici e culturali propri di un paese, nel momento in cui il giudice è chiamato a giudicare.

A ciò deve aggiungersi quella che è stata da alcuni chiamata la "processualità" dell'agire del giudice⁸⁶, che lo distingue nettamente dall'azione del legislatore. Intendo riferirmi al principio per cui il giudice deve agire solo dietro richiesta degli interessati (*ne procedat iudex ex officio*), al rispetto delle garanzie di imparzialità, alla tutela del contraddittorio, alla necessaria motivazione delle proprie decisioni. In tutto questo può ritenersi che si sostanzia oggi il significato del principio della soggezione del giudice alla legge (*rectius* al diritto), da cui abbiamo preso le mosse⁸⁷.

85. Pizzorusso, *Principio democratico e principio di legalità*, in *Questione giustizia*, 2003, n. 2, 340 ss.

86. Così Cappelletti, *Giudici legislatori* cit., 126.

87. Si vedano in proposito le osservazioni di Bin, *Lo stato di diritto*, Bologna, 2004, spec. 55 ss. e 115 ss.

6. Il conflitto tra poteri sollevato dalle camere nei riguardi della sentenza della cassazione sulla vicenda Englaro

La descritta evoluzione del ruolo del giudice come “giudice dei diritti”, attraverso l’applicazione diretta della Costituzione come fonte e la necessità dell’interpretazione costituzionalmente conforme suggerita e poi imposta dalla Corte costituzionale, pare essere non presente o contrastata dalle nostre camere nella vicenda che ha visto le stesse sollevare un conflitto di attribuzione tra poteri nei confronti della sentenza della cassazione⁸⁸ che ha deciso in ordine alla domanda di sospensione del trattamento che mantiene in stato vegetativo permanente, ormai da anni, la giovane Eluana Englaro.

Generalmente riconosciuta ed accettata risulta infatti la suddetta funzione del giudice e altrettanto apprezzata l’opera svolta ai fini della concreta realizzazione dei diritti costituzionali fondamentali anche in assenza di specifiche e puntuali disposizioni legislative (si pensi, per tutti, al caso del danno biologico), con conseguente valorizzazione ed espansione del “diritto culturale” accanto e ad integrazione del “diritto politico”.

In proposito non sono mancati in dottrina richiami, anche da parte dei primi sostenitori del carattere “aperto” dell’art. 2 Cost., al rispetto dei limiti che si pongono all’attività giurisdizionale e quindi alla indicazione di precisi “confini” per la medesima⁸⁹ e possono riscontrarsi in giurisprudenza, anche recentemente, ipotesi che potremmo definire di “diritti accertati, ma non tutelati” da parte di giudici i quali, pur riconoscendo la sussistenza a livello costituzionale di un diritto fondamentale, hanno ritenuto di non poter fornire una immediata tutela dello stesso per la mancanza di una disciplina legislativa⁹⁰.

Le camere, con il suddetto conflitto, hanno denunciato una invasione di competenza da parte della cassazione, accusata di aver prodotto il radicale sovverti-

88. Cass. 16 ottobre 2007, n. 21748, Foro it., 2007, I, 3025.

89. Il riferimento è a Barbera, “Nuovi diritti”: attenzione ai confini, in Califano (cur.), Corte costituzionale e diritti fondamentali, Torino, 2004, 19 ss..

In ordine ai rischi connessi ad un’attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali, con particolare riguardo all’interpretazione ed applicazione fatta dalla giurisprudenza della nozione di danno patrimoniale da lesione di diritti costituzionali, ai sensi dell’art. 2059 cod. civ., v. Lamarque, *L’attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2008, 269 ss.

90. Cfr., di recente, Trib. Roma, ord. 16 dicembre 2006, Foro it., 2007, I, 571 e su di esso Pizzorusso, Il caso Welby: il divieto di non liquet, in *Quaderni cost.*, 2007, 355 ss., nonché App. Firenze 27 giugno 2008, in Foro it., 2008, I, 3697, con osservazione di Dal Canto, A distanza di ventotto anni dalla prima pronuncia, ancora chiuse le porte alle pubblicazioni matrimoniali per le persone dello stesso sesso.

mento del principio di separazione dei poteri, creando una disciplina innovativa della fattispecie non ricavabile dall'ordinamento vigente.

Viene inoltre sottolineato come ciò assuma particolare significato con riguardo alla materia de qua, giacché per la disciplina dei diritti costituzionali soggetti a riserva di legge, "la legge è il mezzo 'privilegiato' destinato alla conformazione" di tali diritti. La ragione consisterebbe nel fatto che "la riconduzione della tematica in parola all'interno del circuito della rappresentanza politica parlamentare consente di assicurare la partecipazione delle più svariate componenti della società civile, ivi comprese quelle espressione del mondo scientifico, culturale, religioso. Secondo una impostazione che appare difficilmente contestabile il ricorso alla legge permette di rispettare il principio dell'art. 67 Cost. nella adozione di scelte di sicuro interesse dell'intera comunità nazionale", in particolare modo in presenza di una disciplina dei diritti fondamentali riservata alla legge⁹¹.

Nel ricorso delle camere inoltre, constatata la possibilità di due diverse possibili letture⁹², si rileva che solo alle camere spetterebbe di "sciogliere il nodo" e non al giudice, il quale, per conseguire il risultato cui è giunto, avrebbe dovuto sollevare questione di costituzionalità della normativa vigente, nella parte in cui non consente tale risultato.

Credo appaia di tutta evidenza come l'impostazione seguita dalle camere nel ricorso in discorso si pone in termini del tutto configgenti con l'evoluzione indicata nelle pagine precedenti, segnando in certo senso il risorgere della distinzio-

91. Nello scorrere gli atti parlamentari dedicati all'argomento paiono da segnalare l'intervento dell'on. Lupi, relatore per l'ufficio di presidenza, secondo cui la sentenza della cassazione "avrebbe realizzato un intervento del potere giudiziario su sfera riservata al parlamento, sulla quale quest'ultimo aveva iniziato a svolgere attività legislativa nelle ultime legislature e che è oggetto oggi, in questa legislatura, di alcune proposte di legge presentate, appunto, nell'attuale legislatura. La corte di cassazione quindi con la sua sentenza è intervenuta su una materia su cui i competenti organi delle camere sono da tempo impegnati in maniera approfondita al fine di pervenire ad un punto di equilibrio tra i diversi principi costituzionalmente coinvolti", nonché quello dell'on. Bottiglione, il quale ha osservato come "questa sentenza rappresenta un tentativo di influenzare il parlamento che si appresta a trattare il medesimo argomento. Una sentenza inevitabilmente finisce con l'influenzare il comportamento del parlamento in una direzione o in un'altra. E' un'evidente invasione" (sic!) (Camera dei deputati, resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 46 di giovedì 31 luglio 2008).

92. Come si legge nella parte del ricorso riportata tra virgolette dalla Corte costituzionale: «esistono, quindi, due modi contrapposti di considerare la persona e i suoi diritti inviolabili che conducono a leggere la decisione sulla interruzione della alimentazione o come causa del decesso o come manifestazione della libera determinazione della cessazione di un trattamento terapeutico inaccettabile in quanto sproporzionato e inutile».

ne fra norme costituzionali programmatiche e norme precettive ed il ritorno alla concezione di una Costituzione come documento politico rivolto al legislatore che deve darne attuazione e non anche come fonte del diritto immediatamente applicabile anche dall'autorità giudiziaria.

Altrettanto evidente risulta il contrasto con gli insegnamenti da tempo espressi dalla Corte costituzionale nei riguardi dell'attività interpretativa dei giudici e della necessità di una lettura costituzionalmente conforme della legge.

A parte tutto quanto precedentemente scritto, può essere utile richiamare la questione relativa alla possibilità, per il marito che avesse dato il consenso alla inseminazione eterologa della moglie, di procedere poi al disconoscimento di paternità, ai sensi dell'art. 235 cod. civ.

Anche in questo caso, come noto, da tempo il parlamento stava discutendo in ordine ad una disciplina della materia.

Il giudice *a quo*, seguendo *ante litteram* l'insegnamento che sembrerebbe emergere dal ricorso delle camere, aveva sollevato la questione di costituzionalità di tale disposizione, nella parte in cui, in assenza di una disciplina della inseminazione artificiale, non escludeva la sua applicabilità alla fattispecie.

La Corte, constatata “una situazione di carenza dell'attuale ordinamento, con implicazioni costituzionali”, procede all'individuazione dei principi costituzionali rilevanti in materia e conclude nel senso che “l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alle valutazioni del legislatore. *Tuttavia, nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali*” (corsivo aggiunto)⁹³.

La Corte costituzionale ha, come prevedibile ed auspicabile, risolto il conflitto sollevato dalle camere giudicandolo inammissibile, in sede deliberatoria, per assenza del requisito oggettivo⁹⁴.

La Corte ha richiamato la propria giurisprudenza in ordine ai limiti entro i quali è consentito porre un provvedimento giurisdizionale ad oggetto di un con-

93. Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347, Foro it., 1998, I, 3042.

94. Corte cost. 8 ottobre 2008, n. 334, Foro it., 2009, I, 35 e 983.

flitto, senza trasformare lo stesso in un "atipico mezzo di gravame avverso le pronunce dei giudici", escludendo che, nella specie, i provvedimenti giurisdizionali impugnati potessero qualificarsi come "meri schermi formali per esercitare, invece, funzioni di produzione normativa" e rilevando come al contrario i ricorrenti facessero in realtà valere soprattutto supposti *errores in iudicando*.

Il Giudice costituzionale conclude significativamente affermando che "la vicenda processuale che ha originato il presente giudizio non appare ancora esaurita, e che, d'altra parte, il parlamento può in qualsiasi momento adottare una specifica normativa della materia, fondata su adeguati punti di equilibrio fra i fondamentali beni costituzionali coinvolti".

Fintanto che ciò non avviene⁹⁵, proseguiva la decisione della Corte sopra richiamata, "nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali".

La Corte, dato il clima venutosi a creare sulla vicenda, è da ritenere che abbia pensato opportuno di non ribadire esplicitamente quest'ultimo concetto, anche se lo stesso credo possa (o debba) senz'altro ritenersi implicito nelle affermazioni con cui la Corte costituzionale ha dichiarato, *prima facie*, inammissibile il ricorso avanzato dalle camere.

Il saggio affronta il tema della espansione del diritto "culturale" a seguito della realizzazione dello stato costituzionale e del controllo di costituzionalità della legge, ad opera della Corte costituzionale e dei giudici comuni.

In particolare l'attività del Giudice costituzionale viene esaminata sia con riguardo alla diretta produzione di diritto (norme processuali, sentenze "manipolative"), sia alla verifica della costituzionalità di scelte discrezionali del legislatore (specie attraverso la tecnica del controllo di "ragionevolezza"), per concludere con valutazioni relative alla natura, politica o giurisdizionale, della Corte costituzionale.

Nella seconda parte viene evidenziato il ruolo complesso assegnato nello stato costituzionale al giudice comune a seguito, prima, della presenza di una

95. Talvolta il mancato intervento del legislatore potrebbe anche essere espressivo della volontà di lasciare per il momento la disciplina della materia "fluida" ed aperta quindi alle soluzioni derivanti dal diritto giurisprudenziale.

Costituzione rigida e della qualificazione della stessa quale fonte del diritto immediatamente applicabile e, dopo, della realizzazione dell'ordinamento comunitario, con il riconoscimento al giudice del potere di non applicare la legge in contrasto con la normativa comunitaria, per concludere con una riflessione circa i limiti che incontra il giudice nella sua attività di produzione di diritto giurisprudenziale e la legittimazione della stessa nel sistema costituzionale.

Parole chiave: Autorità giudiziaria/ Giudice comune; Controllo di costituzionalità delle leggi; Corte costituzionale; Costituzione; Diritti fondamentali; Diritto giurisprudenziale; Diritto politico; Fonti del diritto; Ordinamento comunitario; Stato costituzionale.

Autoridad judicial/ Juez común; Control de constitucionalidad de las leyes; Tribunal Constitucional; Constitución; Crisis de la ley; Derechos fundamentales; Derecho jurisprudencial; Derecho político; Fuentes del derecho; Ordenamiento comunitario; Estado constitucional.

Judiciary (power)/ ("common") Judge; Judicial review of legislation; Constitutional Court; Constitution; Statute crisis (?); Political right; Sources of law; UE legal order; Constitutional State.