

LIBER AMICORUM
PER
PASQUALE COSTANZO

GIORGIO REPETTO

**RECENTI ORIENTAMENTI DELLA CORTE
COSTITUZIONALE IN TEMA
DI SENTENZE DI ACCOGLIMENTO MANIPOLATIVE**

3 FEBBRAIO 2020



Giorgio Repetto

Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*

SOMMARIO: 1. La discrezionalità del legislatore come limite interno al sindacato della Corte costituzionale. – 2. Lo “scarto” nella giurisprudenza recente in materia di sentenze additive e sostitutive: le rime obbligate da risorsa a problema. – 3. La supplenza concreta.

1. La discrezionalità del legislatore come limite interno al sindacato della Corte costituzionale

Sempre più di frequente, nella lettura e nella valutazione della giurisprudenza costituzionale, si assiste alla presa d'atto dei notevoli cambiamenti cui questa sta andando incontro nella fase recente. A segnare però la differenza rispetto ad altre stagioni della giurisprudenza, in cui la Corte ha dato pur prova di saper assestare in continuazione i suoi criteri di giudizio, è il fatto che nella fase attuale tali cambiamenti sembrano investire alcuni presupposti di fondo del suo agire, rimettendo in discussione alcuni capisaldi acquisiti e lasciando prefigurare delle trasformazioni molto più profonde di quanto sia avvenuto in passato.

Tra questi capisaldi non può che annoverarsi quello del rapporto con la discrezionalità del legislatore, da sempre in vario modo presente nella giurisprudenza costituzionale, perché, come felicemente è stato detto “in nessun altro settore come in questo, la Corte è stata costretta a riflettere su se stessa, sulla latitudine dei suoi poteri, sulla sua collocazione istituzionale e ... sul suo rapporto con il parlamento legislatore”¹. Il problema del rapporto tra giurisprudenza costituzionale e discrezionalità legislativa può dirsi, per certi aspetti, costitutivo del sistema italiano di controllo di costituzionalità, almeno nel senso che esso è stato al centro delle riflessioni (e delle preoccupazioni) che hanno alimentato tanto il dibattito costituente intorno al ruolo e ai compiti della Corte costituzionale, quanto la fase immediatamente successiva in cui si è posto mano alla disciplina legislativa di attuazione, di cui rimane traccia nell'art. 28 della legge n. 87 del 1953.

È però altrettanto noto che di questo rapporto la Corte ha offerto col tempo sistemazioni mutevoli, mai realmente coincidenti con gli orientamenti ideologici sottesi alle posizioni di chi, ancora prima della sua istituzione, era portato a individuare nella discrezionalità politica una sfera in qualche modo delimitabile sul modello della discrezionalità dell'amministrazione e così sottratta al sindacato del Giudice delle leggi (basterebbe pensare alla teorica dell'eccesso di potere legislativo). In questo senso, piuttosto che far leva su soluzioni volte a definire *in astratto* fin dove si estenda l'area sindacabile dalla Corte, ha prevalso – nel progredire e nel consolidarsi dell'affermazione della Corte – l'idea di risolvere tale problema inquadrandolo nella prospettiva dei limiti funzionali di azione della Corte medesima: l'idea, in altre parole, per cui vi è una discrezionalità politica lì dove, rimossa ogni altra variabile, l'esito della decisione è in fondo indifferente rispetto al quadro dei principi costituzionali in quanto non conseguente come esito obbligato dalla doverosa affermazione di uno o più d'uno di essi. Ma tale ribaltamento di prospettive assume un valore ulteriore se si considera che esso in tanto vale ed opera, in quanto il relativo schema di valutazione si cala e si inserisce a pieno negli strumenti decisionali a disposizione della Corte, in primo luogo, come è evidente, nelle sentenze additive e nel connesso criterio delle rime obbligate. Un ribaltamento, si diceva, perché quello che si pensava dovesse

* Questo contributo riprende, in parte e con alcune modificazioni, la Relazione presentata al convegno su “Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale”, svoltosi presso l'Università degli studi di Torino il 17 e 18 ottobre 2019, i cui atti sono in corso di pubblicazione in *Diritto e società*.

¹ P. COSTANZO, [Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività](#), relazione tenuta nell'ambito delle “IV Jornadas italo-españolas de justicia constitucional: 50 aniversario de la Corte constitucional italiana, 25 aniversario del Tribunal constitucional español”, 22 y 23 septiembre 2005 – Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, pubbl. in [Consulta OnLine](#), [Studi 2006](#), 9.

operare come limite in qualche modo *esterno* all'operato della Corte, tale da imporglisi quasi dall'alto, finisce per diventare un limite immanente del suo agire, di cui essa modula gli effetti e l'estensione, ampliandolo o restringendolo a seconda di una pluralità di fattori. Non stupisce, pertanto, che la Corte abbia alternato periodi di maggiore interventismo a fasi in cui si è mostrata particolarmente cauta, fino ad attirarsi le condivisibili critiche di chi, in questa azione, individuava una "*realpolitik* non consona al suo ruolo"².

2. Lo "scarto" nella giurisprudenza recente in materia di sentenze additive e sostitutive: le rime obbligate da risorsa a problema

L'elemento di maggiore interesse della fase attuale della giurisprudenza costituzionale in materia di sentenze manipolative, e di quelle additive in particolare, sta nel fatto che essa pare – per così dire – "scartare" rispetto alle oscillazioni del passato per dare ingresso in giurisprudenza a considerazioni sempre più spesso di matrice sostanziale, attinenti cioè con la natura e la qualità degli interessi in gioco nel giudizio, sacrificati non tanto (o non solo) nella specifica vicenda concreta ma anche (e ai fini del sindacato di costituzionalità: soprattutto) da una perdurante inerzia del legislatore.

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

Una prima avvisaglia di questo nuovo orientamento si registra nella già citata [sent. n. 236 del 2016](#), concernente la conformità agli artt. 3 e 27 Cost. della misura minima della pena (cinque anni) comminata per il reato di alterazione di stato civile di un neonato realizzata mediante false attestazioni (art. 526, comma 2, cod. pen.). La Corte in questo caso sanziona l'irragionevolezza intrinseca del minimo edittale troppo elevato, che non consentirebbe al giudice di prendere adeguatamente in considerazione (anche per il tramite di attenuanti) la situazione di chi mira in realtà a perseguire l'interesse del minore attraverso la fittizia creazione di uno *status filiationis*, non già al contrario di pregiudicarlo. Valorizzando alcuni precedenti ([ord. n. 106 del 2007](#) e [sent. n. 31 del 2012](#)), la Corte prende atto dell'irragionevolezza della misura sanzionatoria, ricavando quest'ultima però solo in seconda battuta da un'analogia previsione di reato (la fattispecie di cui al primo comma dello stesso articolo, relativa alla stessa fattispecie ma compiuta mediante sostituzione del neonato, punita con un minimo di pena di tre anni), ma facendo autonomamente valere la natura intrinsecamente sproporzionata della sanzione. L'esito demolitorio-sostitutivo (la sostituzione del minimo edittale di cinque anni con i tre anni) è quindi realizzato dalla Corte richiamandosi non ad una soluzione costituzionalmente obbligata, bensì a un più lasco richiamo a "grandezze già rinvenibili nell'ordinamento" ([sentt. nn. 148 del 2016](#) e [22 del 2007](#)), che essa si premura comunque di circoscrivere perché le commisura, in un caso del genere, a una disposizione contenuta nel medesimo articolo e rivolta a tutelare lo stesso bene giuridico³. Pare chiaro come, in questo caso, il contenuto "di giustizia" derivante dalla situazione dell'imputato nel giudizio *a quo* abbia una decisiva influenza nel senso di far emergere con maggiore chiarezza l'incostituzionalità della disciplina, trascinando con sé anche un'attenuazione del requisito delle rime obbligate, ora

² P. COSTANZO, op. ult. cit., 11.

³ F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#) 2/2017, 64, giustamente rileva come il fondamento dell'incostituzionalità sia maturato unicamente in ragione dell'accertamento della natura intrinsecamente irragionevolezza della commisurazione della pena, essendosi la Corte affidata al referente normativo costituito dal primo comma dell'art. 527 c.p. unicamente per reperire "un punto di riferimento per la sostituzione del quadro edittale dichiarato incostituzionale".

diluito (sebbene non per la prima volta) nel meno stringente affidamento a una continuità ordinamentale ricostruita dalla Corte stessa *a posteriori*, come momento cioè distinto dalle ragioni determinatrici dell'incostituzionalità.

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

Lì dove invece un esito del genere viene ulteriormente portato avanti e esplicitamente teorizzato nei termini di una nuova funzione suppletiva della Corte costituzionale è nel caso deciso dalla [sent. n. 222 del 2018](#), concernente le pene accessorie per il reato di bancarotta fraudolenta. La questione torna alla Corte in termini pressoché identici ad altre questioni già in passato risolte nel senso dell'inammissibilità per l'assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate idonee a sostituirsi ad una normativa che in misura sproporzionata inibisce lo svolgimento di un'attività di impresa al soggetto fallito ([sent. n. 134 del 2012](#) e [ord. n. 208](#) dello stesso anno). Proprio tali precedenti, rimasti senza alcun seguito legislativo, sono valorizzati dalla Corte per corroborare il “nuovo corso” inaugurato dalla [sent. n. 236 del 2016](#), per cui “a consentire l'intervento di questa Corte di fronte a un riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio ... non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte «precisi punti di riferimento» e soluzioni «già esistenti» ([sentenza n. 236 del 2016](#)) – esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate” – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell'immediato al *vulnus* riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia”. Ancora più specificamente, poche righe più avanti, si spiega come un esito del genere si giustifichi “in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l'intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di «rime obbligate» nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima” (p. 8.1. *cons. in dir.*).

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

Da quel momento in poi, stando solo alle sentenze del 2019, si può parlare di uno schema che si ripete. Nella [sent. n. 40 del 2019](#) viene nuovamente dichiarata incostituzionale una disposizione in materia penale relativa alla commisurazione della pena, e anche qui (come auspicato da una precedente pronuncia, la [sent. n. 179 del 2017](#)) si incide con una sentenza sostitutiva sul minimo

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

Con la [sent. n. 99 del 2019](#) la Corte conferma e ribadisce poi l'impianto già visto. L'ambito materiale è quello della mancata ammissione alla detenzione domiciliare “umanitaria” (art. 47-ter, comma 1-ter, ordin. penit.) di chi versi in condizioni di grave infermità psichica sopravvenuta. Anche in questo caso l'omissione del legislatore era stata fatta oggetto di un monito, lontano nel tempo ([sent. n. 111 del 1996](#)). E anche in questo caso, in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, il verso dell'addizione è desunto (più che ricavato) dalla logica del sistema, che identifica nell'articolo prima indicato la *sedes materiae* giudicata “costituzionalmente adeguata e idonea a porre rimedio alle denunciate violazioni”⁴.

Da tutto ciò si può quindi ricavare la conclusione per cui le rime obbligate mantengono la loro funzione laddove la lacuna possa essere sin da subito colmata in presenza di una soluzione costituzionalmente necessitata, mentre la loro portata costringente può essere aggirata nel caso in cui: 1) si verta in materia di diritti fondamentali, 2) esista una soluzione che – sebbene non obbligata o logicamente necessitata – sia da ritenersi comunque adeguata o preferibile in ragione di una qualche continuità ordinamentale, nonché 3) il legislatore sia stato messo in condizione di intervenire mediante una previa pronuncia monitoria ma, ciò nonostante, sia rimasto inerte⁵.

Appare chiaro come la complessiva interazione tra questi fattori trovi un punto di sintesi nella nota vicenda Cappato: prefigurazione di un doppio pronunciamento costruito attraverso un'anomala ordinanza monitoria “ad incostituzionalità prospettata” (se non, addirittura, “anticipatrice di incostituzionalità”); lesione di diritti fondamentali (sempre in materia penale) con una notevolissima portata individualizzante della fattispecie oggetto di scrutinio⁶ (peraltro sapientemente costruita in autonomia dalla Corte più che di per sé ricavabile dall'ordinanza di

⁴ Accanto a questi casi, benché dotata di alcuni tratti differenziali, potrebbe essere citata anche la [sent. n. 12 del 2019](#), in cui l'esito additivo è determinato dall'esigenza di limitare l'assolutezza del principio che vuole operante solo a partire da una certa data (e quindi non esteso ai giudizi in corso) il divieto di parziale impignorabilità dell'assegno sociale, divieto ritenuto in precedenza contrario a Costituzione ma non dichiarato tale per assenza di rime obbligate ([sent. n. 85 del 2015](#)), sebbene il principio sia stato fatto successivamente proprio dal legislatore (d.l. n. 83 del 2015). Questa sentenza potrebbe essere il segno del fatto che il nuovo *trend* giurisprudenziale si avvale spesso di sentenze “miste”, in cui al contenuto additivo sono destinati sempre più spesso a sommarsi anche effetti di natura temporale, anche tenendo conto della rinnovata centralità delle decisioni monitorie: sul punto v. per tutti C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, Napoli 2013, 241 ss.

⁵ V. la sintesi di questo nuovo orientamento in M. RUOTOLO, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC* 2/2019, 653, cui si rinvia per gli ulteriori, più ampi approfondimenti.

⁶ Secondo E. GROSSO, *Il rinvio a data fissa nell'ord. n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova tecnica processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.* 2019, 542, “[q]uello che si presentava alla decisione della Corte, insomma, era uno dei paradigmatici «casi critici», la cui specificità e individualità preme irresistibilmente sul diritto affinché emerga una soluzione *in concreto* realmente *adeguata* al compito di *rendere giustizia* rispetto a *quello specifico fatto*” (corsivi nel testo).

rimessione⁷); individuazione del contenuto additivo “ricavando dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento” (p. 4. *cons. in dir., in fine*)⁸. Se nella vicenda dell’aiuto al suicidio, quindi, l’autentica innovazione deve essere rinvenuta nella modalità processuale di predisposizione della “doppia pronuncia” (tutta interna al medesimo procedimento, attraverso la dissociazione tra una prima ordinanza monitoria e la successiva sentenza di merito), è proprio questo l’elemento che manca in un’altra sentenza recente molto discussa, quella relativa al venire meno della preclusione assoluta della concessione dei permessi premio per i detenuti sottoposti al regime dell’ergastolo ostativo (art. 4-*bis* ord. pen.). Nella [sentenza n. 253 del 2019](#), infatti, all’accertamento dell’incostituzionalità della presunzione assoluta per i detenuti colpevoli di reati associativi di stampo mafioso viene fatta seguire una dettagliata ricostruzione del tessuto normativo necessario a colmare il vuoto, che ricalca lo schema seguito da altri commi dello stesso articolo relativi a diverse categorie di reati, senza però che tale intervento additivo sia stato, se non in relazione ad ipotesi affini, precedentemente oggetto di censure di incostituzionalità, almeno nei termini così diretti avutisi negli altri precedenti prima citati.

3. La supplenza concreta.

Due circostanze, per il momento, sembra necessario sottolineare ai fini che ci interessano. Da un lato, pare esservi un legame non occasionale tra la libertà di movimento rivendicata dalla Corte in queste pronunce e la loro portata variamente “individualizzante”, il loro essere mirate, in altre parole, a non disperdere un’esigenza di tutela molto più ritagliata sulle caratteristiche del caso concreto che sulla esemplarità astratta e ripetibile di una fattispecie normativa inquadrabile nelle categorie del giudizio di ragionevolezza “classico”. Tanto ciò è vero, da un altro lato, che non può che stupire la complessiva torsione della teorica delle rime obbligate: esse, come si sa, nascono inizialmente come *giustificazione* del potere della Corte di disporre contenuti aggiuntivi, diventano poi, nella fase di consolidamento della giurisprudenza costituzionale, *l’argine* entro il quale si devono svolgere gli interventi aggiuntivi della Corte, per poi infine trasformarsi (e a stupire è proprio che ciò avvenga nella materia penale, ambito tradizionalmente associato nella giurisprudenza costituzionale a un marcato *self restraint*) in un *ostacolo* al pieno sindacato della Corte⁹, a tal punto bisognoso di essere trasceso che ad esso è addirittura finito per associarsi, come visto, lo stigma di una zona franca da superare.

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

Da un primo punto di vista, questo pare evidente almeno nel senso che, come si è visto, l’impiego delle nuove additive si è saldato in più di un’occasione con un marcato orientamento “individualizzante”, sia nel momento in cui l’accertamento di un’intrinseca irragionevolezza ha

⁷ Nella [sent. n. 242 del 2019](#) la Corte si richiama ad “una circoscritta area di non conformità costituzionale della fattispecie criminosa”, individuata dalla stessa “[a]ll’interno del petitum principale del rimettente” e coincidente con i casi, già “ritagliati” dall’[ord. n. 207 del 2018](#), in cui “l’aspirante suicida si identifichi – come nella vicenda oggetto del giudizio a quo – in una persona «(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli” (p. 2.3. *cons. in dir.*).

⁸ Con riferimento alle [sentt. nn. 236 del 2016](#), [233 e 222 del 2018](#), [40 del 2019](#). Come è noto, e come era in certa parte prevedibile già dalla lettura dell’[ord. n. 207 del 2018](#), la Corte ha ricavato tali criteri di riempimento dagli artt. 1 e 2 della legge n. 219 del 2017, già impiegati come *tertia comparationis* nell’individuazione del vizio di incostituzionalità della disciplina in oggetto: sul punto mi permetto di rinviare al mio *Interventi additivi della Corte costituzionale e razionalità delle scelte legislative in un’ordinanza anticipatrice di incostituzionalità*, in *Giur. cost.* 2018, 2489.

⁹ Così, ma adesivamente, R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità: consacrata la svolta*, in *Giur. cost.* 2018, 2570.

abilitato la Corte a perseguire con maggiore libertà il disegno di integrazione dei contenuti omessi dal legislatore, sia quando (e le due ipotesi non si escludono) la Corte ha costruito la *quaestio* plasmandola (talvolta con una certa dose di “costruttivismo”) sulle circostanze assai specifiche del caso concreto, quasi a “fotografare” nel dubbio di costituzionalità i contorni e gli attributi di una vicenda molto concreta¹⁰ (non casualmente, diverse sentenze prima evocate hanno colpito automatismi legislativi).

Mi sembra tuttavia che non ci si possa limitare a questo. La vicenda analizzata, infatti, pare essere anche un capitolo di una storia più risalente, riguardante l’annoso problema della legittimazione e dei limiti della Corte a svolgere una funzione normativa o paralegislativa. Senza entrare ora nel merito di quella discussione, per tanti aspetti sopita ma mai realmente risolta, quello che si può dire è che il *trend* giurisprudenziale di cui si è dato conto, proprio in virtù del suo essere commisurato al soddisfacimento di esigenze di giustizia, accentua la divaricazione che sempre si è cercata di contenere tra il momento propriamente *demolitorio* e quello *ricostruttivo*, nel senso che il secondo, sganciato dal vincolo delle rime obbligate, perde progressivamente il suo collegamento con la ragione costitutiva dell’incostituzionalità e si indirizza, di conseguenza, lungo linee di svolgimento perseguite dalla Corte con assai maggiore libertà rispetto al passato. In questo modo, se da un lato acquistano nuovo vigore le critiche rivolte all’impianto teorico delle sentenze additive e sostitutive – soprattutto in relazione al rapporto tra riscontro dell’incostituzionalità e attività ricostruttive “conseguenziali”¹¹ –, dall’altro è anche vero che ciò avviene in un orizzonte in cui il limite della discrezionalità legislativa non è più la soglia ritenuta assolutamente invalicabile e per rispettare la quale si è creato lo strumento delle rime obbligate, ma diventa componente di un più ampio bilanciamento con altri fattori (e prima di ogni altro: la tutela dei diritti fondamentali) dal cui esito ultimo dipende, in ultima istanza, l’individuazione della nuova regola o del nuovo principio costituzionalmente “adeguati”¹².

Accanto a questi fattori, il nuovo corso giurisprudenziale sembra quindi esaltare la centralità dei diritti fino ad affiancarla alla discrezionalità legislativa per dire, in fondo, anche qualcosa d’altro: vale a dire che la violazione di tali diritti, proprio perché spesso è dovuta ad una inerzia del legislatore più che ad un’autonoma decisione di esso e quindi è protratta nel tempo, assume una coloritura ulteriore, appunto di *subita ingiustizia*, che sposta sulla funzione di garanzia il compito di rimediare in positivo a quanto il legislatore non è riuscito a fare. Il che, se da un lato è in certa misura connaturato allo strumento delle additive e di per sé è sempre accaduto, avviene oggi secondo modalità in larga parte diverse, proprio perché l’insistito richiamo ad argomenti di giustizia (testimoniato dal ripetersi di accoglimenti determinati da “irragionevolezza intrinseca” o argomenti simili) conferisce alla violazione una maggiore consistenza e, inevitabilmente, alla Corte un *surplus* di legittimazione a rimuoverla individuando con maggiore libertà quei contenuti aggiuntivi in grado di porre rimedio al *vulnus*. Non sorprende quindi, che a partire da ciò la Corte segua linee evolutive e faccia ricorso a strumenti che la rendono istituzionalmente più libera di commisurare le sue risposte a tali istanze di giustizia, con conseguenze però che hanno inevitabilmente ricadute anche

¹⁰ Indicazioni in tal senso in G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. II*, Bologna, 2018, 236, ove anche (237) il rimando alla tesi, ricavata da Elia, per cui laddove a venire in gioco sia unicamente il parametro costituito dall’art. 3 Cost., ad essere colpita è unicamente in quanto discriminatoria la “norma esclusiva implicita”, il che renderebbe non dirimente l’argomento fondato sul rispetto della discrezionalità del legislatore (e, con esso, anche della dottrina delle rime obbligate).

¹¹ V. per tutti G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 305 e 307, nonché G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur.cost.* 1981, I, spec. 1693, dove viene stigmatizzato l’“effetto di legittimazione a posteriori del testo di legge” una volta che la Corte, invece di prendere puramente atto della sua illegittimità, innesti su di esso significati ulteriori in sede di eterointegrazione.

¹² Come, in termini assai espliciti e rivelatori, si è espresso F. MODUGNO, *La “supplenza” della Corte costituzionale*, in ID., *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli 2008, 145: “La Corte non ha, istituzionalmente, potere di normazione positiva; ma – ripeto – nel bilanciamento, la funzione di garanzia costituzionale ad essa eminentemente, anche se non esclusivamente, affidata, non può non prevalere sulla ripartizione rigida dei poteri (legislativo e di garanzia costituzionale)” (corsivi nel testo).

sull'assetto del giudizio incidentale¹³, oltre che sul complessivo assetto dei poteri¹⁴. Se, come notava Zagrebelsky sin dalla prima edizione del suo manuale sulla giustizia costituzionale, “la funzione quasi-legislativa della Corte corrisponde ad una congiuntura istituzionale dai caratteri molto instabili, che potrebbe mutare facilmente”¹⁵, oggi si può dire che tale mutazione è avvenuta ma che è andata piuttosto nel senso di una più evidente autoaffermazione della Corte rispetto agli altri poteri anche grazie ad una saldatura ancora più marcata con la giurisdizione e al costo di un più rapporto sempre più flessibile con la discrezionalità del legislatore¹⁶.

¹³ A partire dalla questione relativa al mutamento dell'onere per il giudice di indicare il verso dell'addizione normativa richiesta: v. A. CERRI, *Giustizia costituzionale*, Napoli, 2019, 195.

¹⁴ Basti pensare al rischio paventato da R. BARTOLI, *Dalle “rime obbligate” alla discrezionalità*, cit., 2571, per cui, a portare alle estreme conseguenze l'orientamento seguito dalla Corte, si assisterebbe ad un rovesciamento di funzioni della discrezionalità, che da tradizionale appannaggio del legislatore si trasformerebbe in uno spazio di valutazione libero della Corte stessa, la quale, libera dal corsetto delle rime obbligate, potrebbe ora individuare più liberamente la soluzione corretta, che a tal punto diverrebbe però “costituzionalmente obbligata” e quindi finirebbe per imporsi al legislatore come l'unica strada perseguibile per porre rimedio al *vulnus*.

¹⁵ *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1977, 340.

¹⁶ In questo senso, il rimando – talvolta esplicito (irragionevolezza intrinseca), talvolta implicito – ad istanze latamente equitative in casi del genere non fa altro che rafforzare quella tendenza già a suo tempo criticamente segnalata da G. SILVESTRI (*Le sentenze normative*, cit., 1716) per cui “[i] governanti tentano, in questa situazione, di far ricorso, quanto più è possibile, a fonti «oracolari», che creano le norme sulla base di altre norme sovrastanti, indiscutibili e già in vigore, come le norme costituzionali, senza dover adottare decisioni politiche di cui si porta per intero la responsabilità. ... Avviene così che una scelta politica nuova viene presentata come inevitabile conseguenza di una direttiva costituzionale” (corsivo nel testo).