

INTRODUZIONE

Il presente elaborato intende occuparsi dei rapporti intercorrenti tra la Corte costituzionale ed il potere legislativo, problema da sempre fortemente sentito e oggi – in particolare – attualissimo per via delle ultime novità introdotte dalla Corte.

Nello specifico, si tenterà di fornire un quadro generale – senza pretese di completezza – delle evoluzioni dei rapporti tra i due organi facendo perno sulla discrezionalità legislativa, «croce e delizia» del sindacato di costituzionalità, «costituendone nel contempo il limite ma anche un oggetto di valutazione»¹.

Nel primo capitolo, dopo una breve premessa storica riguardante le origini della giustizia costituzionale, ci si soffermerà sull'idea originaria della Corte quale legislatore negativo, chiamato ad effettuare un controllo di mera legittimità delle norme positivamente poste dal Parlamento e dotato, alternativamente, di soli due strumenti: il rigetto o l'accoglimento della questione. Si tenterà, quindi, alla luce del quadro normativo che ne regola i principali aspetti, di porre in evidenza i rapporti tra giudice delle leggi e legislatore secondo l'intenzione dei costituenti. Si partirà dall'esplicita previsione del limite della discrezionalità legislativa contenuta nell'art. 28 della l. n° 87/1953 e – riportandone un caso esemplare – dal modo in cui la Corte si è tradizionalmente rapportata a tale limite, per poi passare – più nel dettaglio – ad analizzare le due possibili pronunce di accoglimento e rigetto, soffermandoci sui rispettivi effetti e sul problema del seguito legislativo.

Il primo paragrafo del secondo capitolo, invece, è volto a mettere in luce proprio la “ingenuità” dello schema Corte-legislatore ideato dai costituenti e trattato nel primo capitolo; si farà riferimento all'insufficienza degli strumenti attribuiti alla Corte per realizzare le esigenze di giustizia costituzionale a fronte di un legislatore tradizionalmente e storicamente restio a collaborare con essa, soffermandosi – quindi – in modo particolare sul problema del vuoto normativo derivante dalla declaratoria di illegittimità costituzionale e della difficoltà originaria della Corte, a causa della limitatezza dei propri poteri, a colmarlo. Conseguenza di ciò è l'avvio di quel processo

¹ COSTANZO P., *Legislatore e Corte costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, in *Consulta Online*, 2006; lo stesso per la citazione precedente.

mai terminato di allontanamento dallo schema del legislatore negativo, di cui la manifestazione maggiormente evidente è data dall'armamentario decisorio che la Corte si è autonomamente costruita al fine di garantire, ove possibile, l'effettività della Costituzione.

Si analizzeranno, quindi, le diverse tipologie decisorie introdotte dal giudice delle leggi soffermandosi in particolare sulle c.d. pronunce manipolative e sul rischio, da subito avvertito, che la Corte potesse sfociare tramite il loro utilizzo nell'ambito riservato alla discrezionalità legislativa, "usurpandone" la funzione creativa di diritto.

Con tali pronunce, infatti, la Corte non si limita più ad un intervento negativo-eliminativo, ma innova in positivo l'ordinamento manipolando il testo o il significato della disposizione di legge sottoposta al suo controllo.

Si presterà, quindi, particolare attenzione alla dottrina crisafulliana delle c.d. rime obbligate, con la quale, ritenendo ammissibile un intervento manipolativo della Corte solo ove questo non comporti valutazioni discrezionali del giudice delle leggi ma soltanto l'applicazione di una regola o norma già desumibile dall'ordinamento, si tenta di riequilibrare il sistema, permettendo alla Corte di non arrestarsi davanti alle esigenze di tutela della Costituzione senza, però, per questo invadere lo spazio di discrezionalità del legislatore.

Sempre nel secondo capitolo, si vuole – inoltre – mettere in luce il continuo tentativo del giudice delle leggi di instaurare un nuovo e più efficace dialogo con il legislatore, nell'ottica di una leale collaborazione che permetta ad entrambi gli organi – nel rispetto delle reciproche funzioni – di garantire la legalità costituzionale. In modo particolare verrà, al tal proposito, richiamata la tecnica monitoria, con la quale la Corte presenta al legislatore un problema di costituzionalità di una determinata legge o materia auspicando che sia quest'ultimo, nello svolgimento delle funzioni che gli sono proprie, ad intervenire per eliminare il vizio di costituzionalità.

La mancata collaborazione del legislatore porta, infine, ai temi trattati nel capitolo conclusivo del presente elaborato.

La più recente giurisprudenza costituzionale è caratterizzata, infatti, da notevoli passi avanti della Corte, la quale, prendendo atto del fatto che il legislatore è restio a collaborare con essa, ritiene non più differibile il suo intervento, specie ove vi siano in gioco diritti fondamentali compressi da norme ritenute incostituzionali.

Si cercherà, dunque, partendo dall'analisi delle principali pronunce degli ultimi anni della Corte, di tracciare le nuove linee che caratterizzano la relazione tra Corte costituzionale e legislatore e di trarre alcune conclusioni sul lungo e travagliato rapporto tra i due organi costituzionali.

CAPITOLO I

LA CORTE COSTITUZIONALE: LEGISLATORE NEGATIVO?

1. Le origini della giustizia costituzionale. La Corte come custode della Costituzione. 2. La nascita della Corte costituzionale italiana: dai dibattiti in Assemblea costituente al ritardo nella sua costituzione. 3. Il disegno originario: la Corte come legislatore negativo e il limite della discrezionalità legislativa. 3.1. Segue: pronunce di inammissibilità e infondatezza per rispetto della discrezionalità legislativa. Il caso esemplare della sentenza n° 138/2010 in materia di unioni civili. 4. L'illegittimità della legge. La Corte tra accoglimento e rigetto della questione. 5. Gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità della legge. 6. Il legislatore davanti all'incostituzionalità della legge.

1. LE ORIGINI DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE. LA CORTE COME CUSTODE DELLA COSTITUZIONE.

Il controllo di costituzionalità delle leggi è una delle più importanti e più «recenti conquiste del costituzionalismo moderno»², il cui presupposto – affermatosi alla fine del XVIII secolo – è identificabile nella concezione della Costituzione quale legge fondamentale, vincolante e sovraordinata alla legge ordinaria.

Per individuare il «vero momento fondativo del sindacato di costituzionalità»³ è necessario rifarsi alle costituzioni rivoluzionarie, e più precisamente alla Carta costituzionale americana del 1787. È in questo contesto che – avvertitasi l'esigenza di tutelare la Costituzione dai possibili arbitri del legislatore – viene infatti «impiantato il seme»⁴ della giustizia costituzionale, grazie all'emersione del primo modello di costituzionalità delle leggi: il c.d. *judicial review of legislation*. Si tratta di un sindacato di costituzionalità a carattere «diffuso», non prevedendosi un organo ad hoc per lo svolgimento di tale funzione e rimettendosi ad ogni giudice il compito di valutare la costituzionalità delle leggi, disapplicandole nel caso in cui ritenute incostituzionali.

² BARBERA A., FUSARO C., *Corso di diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012.

³ CELOTTO A., MODUGNO F., *La giustizia costituzionale*, in Modugno F. (a cura di), *Diritto pubblico*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 689.

⁴ CHELI E., *Il giudice delle leggi: la Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 10.

Tale controllo – non previsto espressamente dalla Costituzione del 1787 – fu introdotto per via interpretativa e giudiziaria. Fondamentale per la nascita del suddetto sindacato di costituzionalità fu quanto affermato – nel 1803 – dal giudice americano John Marshall, in un passo di una sentenza poi divenuta celeberrima: *The Marbury vs. Madison case*. In occasione di tale controversia, riguardante un incidente politico noto come “le nomine di mezzanotte”, Marshall espose un’argomentazione generale – che prese poi il nome di “dottrina Marshall” – considerata tutt’oggi come «uno dei due più grandi discorsi fondativi della giustizia costituzionale»⁵. Si affermò: «Tra queste alternative, non c’è alcuna via di mezzo. O la Costituzione è una legge superiore, come tale non modificabile con procedure ordinarie, oppure ha il rango di legge ordinaria, e come gli altri atti, può essere modificata quando il potere legislativo lo decida. Se la prima alternativa è quella vera, allora una legge ordinaria, contraria alla Costituzione, non è legge; se è la seconda alternativa quella vera, allora le costituzioni scritte sono tentativi assurdi, da parte del popolo, di porre dei limiti a un potere per sua stessa natura non limitabile»⁶. Necessaria conseguenza di ciò fu quindi l’abilitazione di ogni giudice ad esercitare il controllo di costituzionalità, privando la legge – se incostituzionale – della sua efficacia, con effetti immediati per il caso sottoposto alla propria attenzione. Tuttavia, la disapplicazione della legge ritenuta incostituzionale dai singoli giudici può avere come spiacevole ripercussione la determinazione di situazioni di incertezza del diritto; la legge resta infatti vigente nell’ordinamento, ben potendo – allora – un giudice successivo applicarla ad un caso diverso. La soluzione a tale problematica – e la “chiusura del sistema” – si ritrova nel principio dello *stare decisis* e nelle pronunce della Corte Suprema⁷. Essendo quest’ultima posta all’apice del sistema giudiziario di tipo gerarchico degli Stati Uniti – e imponendo il principio dello *stare decisis* in senso verticale l’obbligo di rispettare il precedente giudiziario di una corte superiore – le sue decisioni saranno pro-futuro vincolanti *erga omnes*. Dopo essere stata dichiarata incostituzionale, infatti, «la legge americana, pur rimanendo “on the books”, è divenuta “a dead law”»⁸ vale a dire non più applicabile, non più vigente. Il sistema di giustizia costituzionale americano restò a lungo un *unicum*. I paesi europei ebbero infatti un ritardo di quasi due secoli rispetto alle ex colonie inglesi, dovendosi

⁵ ZAGREBELSKY G., MARCENÒ V., *Giustizia costituzionale I: storia, principi, interpretazioni*, Il Mulino, 2007, Bologna, p. 23.

⁶ *Marbury vs. Madison* 1 Cranch 137 (1803), in https://www.giurcost.org/casi_scelti/marbury.pdf

⁷ CICONETTI S., *Lezioni di giustizia costituzionale*, Giappichelli Editore, Torino, 2010, pp. 6 ss.

⁸ MEZZETTI L., *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, CEDAM, Padova, 2009, p. 26.

attendere le costituzioni novecentesche per vedervi fiorire i primi modelli di giustizia costituzionale.

Una sorta di “precedente” può essere rintracciato nel caso *Bonham* (1610), dove il giudice inglese Edward Coke introdusse – in via giurisprudenziale – il principio secondo il quale un atto del Parlamento contrario alla common law potrà essere giudicato nullo e privo di efficacia⁹.

Detta giurisprudenza restò però priva di seguito a causa degli avvenimenti caratterizzanti il periodo seguente: la Gloriosa rivoluzione – e la Rivoluzione francese qualche tempo dopo – resero il contesto politico-culturale settecentesco molto diverso rispetto a quello americano. L’idea di una rigida separazione dei poteri – nonché la posizione centrale rivestita dall’assemblea elettiva – escludevano un possibile controllo sul potere legislativo, a fortiori se a carattere diffuso essendo i giudici mera “*bouche de la loi*”.

Un primo cambiamento si ebbe nel periodo intermedio tra le due guerre¹⁰ - precisamente nel 1920 – quando, con la nuova Costituzione austriaca, fu introdotto quello che verrà considerato come il modello europeo di giustizia costituzionale.

Fondamentale contributo in tal senso è stato quello del giurista e filosofo Hans Kelsen, non a caso frequentemente indicato come il «padre della costituzione austriaca del 1920» e «ideatore della corte costituzionale»¹¹. Alla base del suo pensiero vi è la convinzione che di costituzione garantita si possa parlare solo in presenza di un sistema efficace di annullamento degli atti ad essa contrari¹². La vera novità – se comparata con l’esperienza americana – è l’allontanamento dal sistema “diffuso” per passare al diverso sistema c.d. “accentrato”, nel quale il sindacato di costituzionalità delle leggi viene riposto nelle mani

⁹MORRONE A., *Il diritto costituzionale nella giurisprudenza*, Cedam, Padova, 2014, pp. 381 ss.

¹⁰ LEOPOLDO E., *Brevi riflessioni sulle trasformazioni del ruolo delle Corti costituzionali nello stato costituzionale di democrazia pluralistica (da Kelsen ai nostri giorni)*, in quaderno studi della Corte costituzionale, redatto in occasione della Giornata di studio tenutasi a Roma, Palazzo della Consulta, venerdì 30 maggio 2003, in www.cortecostituzionale.it: «(...) non meraviglia pertanto che tale esigenza sia stata avvertita e rielaborata in Europa a partire dalle costituzioni del primo dopoguerra, nello scenario delle profonde trasformazioni del potere politico nelle società di massa e nel quadro della previsione di congegni di razionalizzazione, che di quelle costituzioni rappresentarono un aspetto peculiare (...)».

¹¹ LAGI S., *Kelsen e la Corte costituzionale austriaca: un percorso storico-politico (1918-1920)*, in *Giornale di storia costituzionale*, I semestre 2006, p. 165.

¹² «Una costituzione cui manchi la garanzia dell’annullamento degli atti incostituzionali non è, in senso tecnico, completamente obbligatoria. (...) una costituzione in cui gli atti incostituzionali, e in particolare le leggi, restano validi equivale presso a poco ad un voto privo di forza obbligatoria. Qualunque legge, regolamento o anche atto giuridico generale posto in essere dai singoli hanno una forza giuridica superiore a quella di una tale costituzione, cui sono tuttavia subordinati e dalla quale traggono validità»: KEISEN H., *La giustizia costituzionale* (1928), trad. it. GERACI C. (a cura di), *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, 1981 p. 199.

di un solo organo titolare del potere di annullare la legge *contra constitutionem*¹³. È su questa premessa che si innesta, principalmente tra lo stesso Kelsen e Carl Schmitt, una delle polemiche più conosciute in materia: chi dev'essere il “custode” della costituzione? Premessa comune è l'esclusione dai “possibili custodi” – sulla base del principio “*nemo iudex in causa propria*” – del legislatore, dovendosi affidare detto compito ad un organo differente e indipendente da esso. Mentre Schmitt accusa Kelsen di “politicizzare la giustizia” – indicando come custode della costituzione il presidente del Reich sulla base del suo “*pouvoir neutre*”¹⁴ – il secondo teorizza l'affidamento di suddetto compito ad un organo giurisdizionale¹⁵, la Corte costituzionale – istituita in Austria con la Costituzione del 1920 – che influenzerà poi la nascita dei vari tribunali costituzionali europei nel periodo seguente la Seconda guerra mondiale¹⁶.

2. NASCITA DELLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA. DAI DIBATTITI IN ASSEMBLEA COSTITUENTE AL RITARDO NELLA SUA ATTUAZIONE.

L'istituzione della Corte costituzionale fu, come da più definita, una «novità assoluta»¹⁷ della Costituzione repubblicana. L'esperienza italiana precedente era infatti caratterizzata dalla presenza di una costituzione – lo Statuto albertino – di tipo flessibile, modificabile – cioè – tramite l'ordinaria procedura legislativa. L'unico limite effettivamente imposto al

¹³ Diversamente da Kelsen, Jellinek – che condivideva con il primo l'esigenza di introdurre un sistema di controllo e annullamento degli atti *contra constitutionem* – individuava come organo più adatto il preesistente Tribunale dell'impero; JELLINEK, *Una corte costituzionale per l'Austria*, trad. it. di PALICI DI SUINI E. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2013.

¹⁴ «diventa riconoscibile la posizione che spetta al presidente del Reich secondo la costituzione di Weimar. Il presidente sta al punto centrale di un intero sistema di neutralità politico-partitica e di indipendenza, costruito su un presupposto plebiscitario. (...) Prima che si insedi come custode della costituzione una corte per i conflitti e le questioni altamente politiche e si aggravi e minacci la giustizia con queste politicizzazioni, ci si dovrebbe in primo luogo ricordare di questo contenuto positivo della costituzione di Weimar. Secondo il contenuto presente della costituzione di Weimar esiste già un custode della costituzione, cioè il presidente del Reich»: SCHMITT C., *Il custode della costituzione*, trad. it. CARACCILO A. (a cura di), Giuffrè, 1969, p. 240

¹⁵ per approfondimenti sul tema vedi: HANS KELSEN, *Il custode della costituzione (1930-1931)*, in *Giustizia costituzionale*, trad. it. a cura di GERACI C., Giuffrè, 1981. P. 231 ss.

¹⁶ Vedi CHELI E., *il giudice delle leggi... cit.*, p. 12: «Corte costituzionale italiana nella Costituzione del 1948 e del Tribunale costituzionale tedesco nella Costituzione del 1949. Seguono, con connotazioni diverse, il Consiglio costituzionale francese nel 1959, il Tribunale costituzionale portoghese nel 1976, il Tribunale costituzionale spagnolo nel 1978».

¹⁷ AA.VV., *Diritto pubblico*, Modugno F. (a cura di), Giappichelli editore, 2015, p. 695

Parlamento riguardava le regole di formazione delle leggi, il cui controllo – raramente esercitato – veniva affidato alla magistratura ordinaria. Fu con l'avvento dell'Assemblea costituente, formata nel 1946, che la situazione cambiò: dando attuazione ad esigenze già sentite nel periodo prefascista – e sulla base degli eventi avvenuti successivamente – si optò per una costituzione rigida, nella speranza di una migliore garanzia dei diritti dei cittadini¹⁸. La scelta di una costituzione di tal tipo non poteva che essere la premessa per l'introduzione – oltre che di un procedimento aggravato per la revisione costituzionale – di un ulteriore sistema di garanzia della costituzionalità delle leggi, la cui attuazione fu tutt'altro che facile e lineare. Le differenti vedute in materia si riscontrarono già in sede di lavori preparatori¹⁹, per poi diventare dibattiti vivacissimi e sentitissimi in sede di Assemblea. A chi sosteneva l'istituzione della Corte costituzionale e l'affidamento allo stesso organo nascente del controllo di costituzionalità delle leggi, si contrapponeva lo scetticismo di chi – avverso al cambiamento – avrebbe preferito attribuire detto compito ad organi preesistenti²⁰.

Sicuramente – come si legge dagli atti della seduta antimeridiana del 28 novembre 1947 – il più accanito contro l'istituzione della Corte fu l'on. Nitti, seguito dall'on. Bertone. È in detta occasione che Nitti definì la Corte costituzionale come «un prodotto di fantasia senza precedenti», ideato sulla falsa riga di modelli esteri²¹ totalmente inutile e finalizzato solo ad appesantire il sistema. Proponeva – invece – di assegnare detta funzione di controllo alla già esistente Corte di cassazione, spinto anche dalle incertezze che le poche e sicuramente insufficienti informazioni circa il nuovo organo creavano, nonché dal timore di svuotare di contenuto il principio della supremazia parlamentare.

Pur non mettendo in dubbio l'incompletezza delle proposte presentate – dovute probabilmente al tempo esiguo dedicato alla loro formulazione – non mancarono però parole di conforto e sostegno alla Corte, riassumibili in quanto detto da Mastino Gesumino («poiché siamo tutti d'accordo nel riconoscere che il principio informatore di

¹⁸ BISCARETTI DI RUFFIA P., *I primi due anni di funzionamento della Corte costituzionale italiana*, Il Politico, 1958, Vol. 23, No. 2 (1958), p. 213-234.

¹⁹Per approfondimenti: VOLPE G., *La giustizia costituzionale nella visione dei costituenti*, in *La Corte costituzionale compie 50 anni*, Il Foro Italiano, ottobre 2006, Vol. 129, No. 10

²⁰ D'AGOSTINO O., *Genesi della corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Edizioni di comunità, 1980, capitolo III.

²¹ «Vi è chi tenta di far credere che vi sia qualche cosa di analogo in altri stati. Non esiste invece in alcun altro paese nulla di simile (...) Vere Corti costituzionali come quelle che si vorrebbero imporre e che non si possono, perché basate su concetti e situazioni diversi, non esistono se non in paesi non unitari».

tutta la costituzione è quello della rigidità delle sue norme (...) mi pare inderogabile necessità che a garanzia di questa inviolabilità sia creato un tribunale eccezionale»²²), e dalle famose parole pronunciate da Giorgio La Pira che, riferendosi alla Corte costituzionale, disse: «è un'esigenza intrinseca della nostra costituzione; senza quest'organo avremmo una casa senza tetto, un edificio senza volta»²³.

Le discussioni concernenti la Corte proseguirono a lungo. Molte furono le proposte relative alla sua composizione – oggi sancita nell'art 135 Cost. – nonché relative alle decisioni tecniche in materia di accesso e funzionamento della stessa. Il dibattito relativo a questo secondo punto fu interrotto e rimandato in seguito all'approvazione – il 2 dicembre 1947 – del c.d. emendamento Arata²⁴, con il quale si rinviavano ad una legge ordinaria le decisioni circa i modi ed i termini dei giudizi di costituzionalità. Nel testo definitivamente approvato fu poi ristabilita la natura costituzionale della materia tramite l'inserimento di una doppia riserva di legge – costituzionale e ordinaria – contenuta nell'attuale art. 137 della Costituzione²⁵, di cui si dirà a breve.

L'istituzione della Corte costituzionale fu infine definitivamente confermata con l'approvazione del testo della Costituzione nella seduta del 22 dicembre 1947, dovendo però attendere oltre otto anni per il suo effettivo funzionamento. Causa generale dell'inattuazione della Costituzione – e principalmente delle istituzioni di garanzia²⁶ – fu sicuramente quello che Calamandrei chiamò “ostruzionismo di maggioranza”²⁷, dovuto ad un persistente senso di sfiducia nelle novità da essa portate. Con specifico riferimento alla Corte, quest'ultima – all'alba della nuova Costituzione – non era comunque ancora in grado di funzionare; necessaria era infatti – in seguito all'approvazione dell'emendamento Arata – l'emanazione delle leggi relative alla costituzione e al funzionamento della Corte previste dall'art 137, secondo il quale: “ Una legge costituzionale stabilisce le condizioni,

²² Seduta antimeridiana del 28 novembre 1947.

²³ Assemblea costituente, seduta pomeridiana di venerdì 28 novembre 1947.

²⁴ «La legge stabilisce i modi e i termini per i giudizi di incostituzionalità delle leggi»

²⁵ DAL CANTO F., Art. 137, in Bifulco R., Celotto A., Olivetti M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET Giuridica, Torino, 2006.

²⁶ P. BIANCHI, *L'ossessione riformatrice. Alcune osservazioni sul processo di revisione costituzionale permanente*, n. 2/2019, in *Osservatorio sulle fonti*.

²⁷ Per approfondimenti: CALAMANDREI P., *l'ostruzionismo di maggioranza*, IL PONTE, anno IX – 1953, p. 433: «Il primo scopo della manovra ritardatrice è stato felicemente raggiunto: per cinque anni l'attuale maggioranza ha potuto legiferare senza aver da temere il molesto controllo della Corte costituzionale, cioè, praticamente, ha potuto governare in un regime di Costituzione flessibile anziché in regime di Costituzione rigida (...) o meglio rigida sì, ma di quella rigidezza che è propria della cartapesta o della gelatina» (corsivo aggiunto).