

QUALCHE RIFLESSIONE IN VISTA DELL'ELEZIONE DI UN GIUDICE COSTITUZIONALE

Riflettendo sul tema del bilanciamento e delle possibili tensioni tra diritti e principi tutti costituzionalmente garantiti, in vista del tradizionale incontro tra eligendi ed elettori di uno dei tre seggi della Corte costituzionale la cui copertura è riservata al giudice di legittimità, mi è capitato di mettere a fuoco tre circostanze talmente ovvie per un giurista, da non sembrare, a prima vista, meritevoli di menzione se non come dato di pura fattualità.

La prima è che le problematiche del bilanciamento sono consustanziali al lavoro del giudice, soprattutto all'operato del giudice della nomofilachia. Il pensiero va alle discussioni, estenuanti e cariche di passione a un tempo, che inevitabilmente si accendono dentro e fuori le camere di consiglio intorno a tutte le tematiche che impongano l'individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra esigenze contrapposte: tra salvaguardia dell'incolumità degli utenti di una via pubblica, per esempio, e costi sostenibili dalla collettività; o tra osservanza dei rigidi protocolli formali imposti dal diritto processuale, da una parte, e condizioni e limiti delle possibilità di affrancarsene in nome della giustizia sostanziale, dall'altra.

La seconda è che proprio un bilanciamento opera la Corte costituzionale quando, a fronte del riconoscimento della incostituzionalità della normativa impugnata, al fine di scongiurare l'impatto dirompente che la pronuncia potrebbe avere nel medio e nel lungo periodo, determinando effetti negativi in capo ad altri soggetti dell'ordinamento ed esiti diametralmente opposti, rispetto alle finalità perseguite nell'immediato, evita la strada dell'asciutta pronuncia caducatoria, ricorrendo, di volta in volta, ai c.d. moniti, alle decisioni di incostituzionalità accertata ma non dichiarata, di incostituzionalità sopravvenuta o di incostituzionalità differita: pronunce con le quali modula le conseguenze delle sue decisioni nel tempo, per dar modo al legislatore di intervenire, oppure per limitare gli effetti retroattivi della dichiarazione di incostituzionalità.

La terza è che tra limiti propri dello *ius dicere* e limiti propri degli interventi della Consulta sembra esserci un parallelismo quasi plastico: il giudice è soggetto soltanto alla legge, alla quale è egli stesso tenuto a dare obbedienza (art. 101, comma 2 della Costituzione); la Corte deve astenersi da qualsivoglia invasione dei campi propri della politica (art. 28 legge n. 87 del 1953); il primo, ove non ritenga possibile dare della norma che è chiamato ad applicare un'interpretazione compatibile con la Costituzione, deve sollevare incidente di costituzionalità (Corte cost. n. 356 del 1996); la seconda, ove intercetti un'area riservata al "potere discrezionale del Parlamento" (art. 28 cit.), deve riconoscerne la priorità.

Come dicevo, sono circostanze assolutamente ovvie per un giurista.

Eppure in esse, soprattutto nell'ultima, si annidano punti assai critici del principio della separazione dei poteri, cuore pulsante di quel modello di Stato di diritto e di democrazia liberale sul quale sono conformati gli ordinamenti dei paesi europei sin dal 1789.

In realtà, per ben comprendere le implicazioni e le possibili interferenze tra le tre "ovvietà" da cui siamo partiti, occorre muovere dalla considerazione che l'attivismo giurisprudenziale si declina, per quanto attiene al giudice comune, soprattutto attraverso l'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata, sull'abbrivio dell'insegnamento di Paladin¹, secondo cui la coerenza dell'ordinamento «deve essere ormai cercata sul piano costituzionale», ove la valorizzazione della *ratio* ha trovato e trova una inesauribile linfa nell'art. 3 della Costituzione e del principio di *ragionevolezza*, che ne è stato ricavato; mentre l'interventismo del giudice costituzionale si estrinseca nella variegata tipologia di decisioni con cui esso di volta in volta modula le incisioni che va ad operare sull'assetto normativo vigente, tipologia ben più complessa rispetto alla piattaforma canonica delle pronunce di inammissibilità, di rigetto e di accoglimento.

Ora, le torsioni ordinamentali più o meno accentuate e visibili alle quali l'attivismo giurisprudenziale mette capo sono, tutte, a ben vedere, governate dal criterio del

¹L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 109.

bilanciamento tra l'obbedienza all'impulso di un adempimento *dinamico* del proprio ruolo e la necessaria deferenza del giudice verso il legislatore, che è poi la madre di tutte le regole.

Non può peraltro ignorarsi che, se il limite ultimo del “fare da sé” del giudice comune, secondo la felice espressione di un costituzionalista² è «l'univoco tenore della norma in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale» (confr. Corte cost. n. 78 del 2012), l'evocazione della barriera posta dall'art. 28 della legge n. 87 del 1953, da parte del Giudice delle leggi, può risolversi in una surrettizia convalida dell'esistente a dir poco inappagante, almeno in quei casi in cui la stessa mancanza di normazione di una materia esponga a lesione valori costituzionalmente presidiati.

La verità è che la soluzione di un problema di costituzionalità, che inevitabilmente postula l'introduzione di una nuova disciplina, può esigere interventi più articolati e penetranti della semplice cesura di una norma in vigore, a partire dall'ablazione solo parziale della disciplina vigente, per arrivare alla punta massima della manipolazione, le sentenze additive.

Ora, queste additive hanno talvolta profili di invasività piuttosto bassi, come quando, ad esempio, la Corte accerta la fondatezza della sollevata questione e dichiara l'illegittimità costituzionale di una disposizione di legge nella parte in cui non prevede qualcosa che invece dovrebbe prevedere: sono i casi dei rimaneggiamenti a “rime obbligate”, come suol dirsi, cioè, della sostituzione o dell'aggiunta di un contenuto normativo direttamente ricavabile dal sistema esistente. Qui la trasposizione è secca e istituzionalmente quasi indolore, perché in un certo senso la regola c'è già, di talché la sua conformazione ai parametri costituzionali non viola la discrezionalità del Parlamento o la viola nella stretta misura voluta dall'ordinamento per permettere al Giudice delle leggi di fare il proprio mestiere.

Il problema si complica a fronte di quei vuoti di tutela, o comunque di disciplina, passibili di essere colmati con diverse opzioni normative la cui individuazione non può

² Marco Ruotolo, *Questione giustizia* 22 ottobre 2018.

che spettare al legislatore. In evenienze siffatte credo che le scelte decisorie della Consulta debbano necessariamente passare attraverso due step: la qualificazione della posizione soggettiva posta a base della richiesta di intervento rivolta dalle parti al giudice comune prima, e dal giudice comune alla Corte costituzionale poi; la valutazione del tasso di gravità e di urgenza della sollecitata risposta.

Prendiamo ad esempio il modo in cui si è regolata la Corte a proposito di due problematiche di grande impatto umano e mediatico: il suicidio assistito e la genitorialità omosessuale.

Chiamata a dire la parola decisiva sul dolorosissimo caso Antoniani-Cappato, oggetto di un dibattito che tracimava e tracima dai codici e dalle pandette per sconfinare in quello etico e filosofico, dopo una esortativa interlocutoria dell'ottobre 2018 – con cui ebbe a rinviare la decisione al fine di «consentire in primo luogo al Parlamento di intervenire con un'appropriata disciplina», su zone prive di adeguata tutela, benché nelle stesse fossero intercettabili situazioni costituzionalmente meritevoli di protezione – la Corte, con la sentenza n. 242 del 2019, constatata la persistente inerzia del legislatore, ha affermato la non punibilità, ai sensi dell'articolo 580 del codice penale, di chi, a determinate condizioni, agevoli l'esecuzione dell'altrui proposito di suicidio, tracciando la linea sulla quale dovrà muoversi la successiva, necessaria regolamentazione.

Alla base della pronuncia c'è il riconoscimento della lesione, nella situazione data, di inimmaginabile ferocia esistenziale, del minimo accettabile di dignità spettante a ogni essere umano.

Con riferimento alla tematica della genitorialità omosessuale, invece, ha ritenuto la Consulta, nella sentenza n. 230 del 2020, che la materia involga scelte di così alta discrezionalità da essere perciò stesso riservata al legislatore, quale interprete del sentire della collettività nazionale. Di qui la pronuncia di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 20, della legge 20 maggio 2016, n. 76, sulle unioni civili – in cui la tutela delle coppie di donne unite civilmente è circoscritta ai “soli diritti ... e doveri nascenti dall'unione civile”, e quella dell'art.

29, comma 2, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, – che consente di indicare come genitore unicamente quello “legittimo” o quelli che hanno dato il consenso ad essere nominati e non anche le donne unite civilmente tra loro, che abbiano fatto ricorso (all’estero) a procreazione medicalmente assistita.

Alla base della pronuncia c’è il negato riconoscimento di diritto fondamentale della persona all’aspirazione della madre intenzionale “a essere genitore”.

Tirando le fila del discorso, sembra possibile tentare una qualche considerazione di sistema.

La sostanziale omogeneità di un profilo essenziale dell’operazione culturale che giudici comuni e Giudice delle leggi sono chiamati a compiere nei momenti più delicati della loro attività, costituì probabilmente l’intuizione di fondo che orientò la scelta del costituente allorché, nell’ambito del terzo dei componenti della Consulta la cui nomina è riservata alle supreme magistrature ordinaria e amministrative, riservò al collegio formato da tutti i magistrati appartenenti alla Corte di cassazione l’elezione di ben tre componenti, rispetto all’unico designato, rispettivamente, dal Consiglio di Stato e dalla Corte dei conti.

Peraltro, come le tecniche di composizione sistematica delle norme utilizzate dai giudici comuni per dare risposte costituzionalmente soddisfacenti a chi chiede giustizia, devono arrestarsi quando risposta costituzionalmente soddisfacente non c’è, nell’assetto normativo dato, consegnando la questione alla Corte costituzionale, allo stesso modo il Giudice delle leggi deve sperimentare tutte le vie praticabili per fornire “al giudice *a quo*, su sua richiesta, ciò che a questo manca per dare una risposta adeguata (alla Costituzione) alle parti che attendono la sua decisione”.³

Fino al limite ultimo di tracciare essa stessa i tratti essenziali della normazione idonea a rimettere il sistema normativo in pace con la Costituzione, imponendo al legislatore di darsi finalmente una mossa.

ADELAIDE AMENDOLA

³ G. Silvestri, Del rendere giustizia costituzionale, 13-11-2020.