

IL DIRITTO LEGISLATIVO E GIUDIZIARIO

PIETRO PINNA*

Sommario

1. Premessa. – 2. Il controllo di costituzionalità integrato con la giurisdizione. – 3. L'efficacia generale della dichiarazione di incostituzionalità, la legge e la giurisdizione. – 4. Il giudizio costituzionalità giustificato col diritto costituzionale, giuridicamente, e non con l'interesse generale, politicamente. – 5. La giurisprudenza costituzionale tra la giurisdizione e la legislazione. Su alcune recenti pronunce controverse.

Abstract

The study is part of the debate on the political role of the Constitutional Court. It proposes to address the problem based on the difference between legislation and jurisdiction. Using the concept of justification with public reason, he argues that legislation constitutes rights and powers, evaluating the general interest, while the jurisdiction recognizes them, giving or returning what is due to each under the law. It then places the judgment of the constitutionality of the law within the jurisdiction and analyzes some recent and controversial judgments of the constitutional judge to determine whether they have crossed over into the political sphere of the legislator.

Suggerimento di citazione

P. PINNA, *Il diritto legislativo e giudiziario*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2023. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università di Sassari.
Contatto: pietrop@uniss.it

1. Premessa

La discussione avviata recentemente sullo sconfinamento in ambito politico della giurisprudenza costituzionale¹, per certi versi, prosegue quella che tra gli anni '70 e '80 del Novecento ha riguardato le forme decisorie elaborate dalla Corte costituzionale e soprattutto le sentenze 'manipolative' additive e riduttive o di accoglimento parziale, come prevalentemente sono chiamate ora. Il convegno tenutosi a Firenze nel 1981, intitolato «Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia»², è stato il momento centrale di quel dibattito. Il titolo di quell'incontro fiorentino sintetizza efficacemente il modo in cui allora veniva impostato il discorso: si ragionava dei cambiamenti introdotti dall'attività della Corte costituzionale nell'equilibrio dei poteri statali nel corso di trent'anni. Questa impostazione rivolta alla definizione del ruolo politico effettivamente svolto dall'organo costituzionale mi sembra ciò che soprattutto unisce il dibattito odierno a quello di allora, nonostante gli inevitabili aggiornamenti e affinamenti. La mia opinione è che essa non agevoli la determinazione precisa dell'ambito proprio del giudice delle leggi e che per fare un passo in avanti nella precisazione delle regole che segnano il confine tra la politica e il controllo di costituzionalità, bisogna partire dalla distinzione della funzione giurisdizionale da quella legislativa. Il discorso in proposito è assai complesso, perché richiede una concezione materiale delle due funzioni, la cui definizione rigorosa implica la difficile discriminazione concettuale tra la creazione o la volizione e l'applicazione o la cognizione del diritto. Me ne sono occupato altrove³. Qui perciò mi limito a esporre la mia idea al riguardo con una argomentazione molto stringata, prima di passare all'esame della giurisprudenza costituzionale che pone interrogativi importanti a chi qualifica il controllo di costituzionalità della legge come una funzione giurisdizionale.

Inoltre considero solamente il giudizio instaurato in via incidentale. Parlare anche di quello in via principale richiederebbe più spazio di quanto ne disponga in questa sede e nella sostanza non modificherebbe le conclusioni del discorso sulla politicizzazione della giurisprudenza costituzionale che qui svolgo: infatti, il sistema incidentale è il modo comune con cui si accede al giudizio di costituzionalità; poi il ricorso diretto in ogni caso ha ad oggetto una controversia circa la spettanza della potestà legislativa, nonostante la diversa

¹ A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 251 ss.; R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ibidem*, 757 ss.; E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, *ibidem*, 777 ss.

² Gli atti sono pubblicati da P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1982.

³ P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Torino, Giappichelli, 2018, 152 ss.; ID, *La rappresentanza democratica e aristocratica*, Mucchi, Modena, 2021, 50 ss.

posizione processuale dello Stato e della Regione sostenuta dalla giurisprudenza costituzionale; infine l'incostituzionalità che sia pronunciata nel giudizio instaurato direttamente produce lo stesso effetto, sostanziale e processuale, di quella dichiarata nel procedimento incidentale.

2. Il controllo di costituzionalità integrato con la giurisdizione

Il controllo di costituzionalità in via incidentale è così collegato con l'esercizio delle giurisdizioni ordinaria e speciali che ne è parte integrante. Infatti affinché sia ammissibile, la questione va sollevata da un giudice nel corso di un processo e deve essere rilevante. Infine la Corte costituzionale si pronuncia sulla questione determinata dal giudice a quo, che riguarda chiaramente un problema pregiudiziale sul quale si sarebbe dovuto pronunciare il giudice comune, se l'art. 134 della Costituzione non l'avesse attribuito alla competenza della Corte costituzionale. Concerne infatti la determinazione del diritto applicabile al caso su cui il giudice deve pronunciarsi. La decisione del giudice costituzionale in proposito si inserisce perciò nella sentenza di merito come un passaggio logico della sua motivazione circa il diritto del caso giudiziario in cui è sorto l'incidente di costituzionalità.

La sentenza di accoglimento ha anche effetti generali, in quanto l'art. 30 della legge n. 87 del 1953 vieta l'applicazione delle norme dichiarate incostituzionali. Ma questa disposizione non muta la situazione: formula la regola processuale secondo cui la norma oggetto della decisione di accoglimento deve essere disapplicata non solo nel caso del processo a quo ma anche in quelli analoghi.

Invece l'art. 136 della Costituzione, in virtù del quale le norme dichiarate incostituzionali perdono efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza, prevede un effetto sostanziale, abrogativo, della sentenza di accoglimento. Questa efficacia abrogativa è prevista dalla Costituzione e non è disposta dalla sentenza: la dichiarazione di incostituzionalità è il fatto previsto dalla Costituzione come produttivo dell'abrogazione delle norme che ne sono oggetto. La precisazione è importante perché evidenzia il valore dichiarativo e non costitutivo della decisione del giudice delle leggi.

Pure la legge abroga perché una legge precedente la prevede come fattispecie abrogativa. Però, essa, a differenza della sentenza del giudice costituzionale, può modificare la disciplina dell'abrogazione, poiché il potere di fare leggi comprende quello di disfarle. Insomma, la dichiarazione di incostituzionalità vale come una legge abrogativa, in virtù della disposizione della legge costituzionale e non per forza propria, non perché è legge. Perciò, a rigore non è un atto di esercizio della funzione legislativa.

3. L'efficacia generale della dichiarazione di incostituzionalità, la legge e la giurisdizione

L'aspetto cruciale della discussione è proprio quello di capire se l'efficacia generale della sentenza pronunciata nel giudizio di costituzionalità renda legislativa la funzione in esso esercitata. Poiché la decisione circa la costituzionalità della legge ha un effetto giurisdizionale, è chiaro che funzionalmente appartiene all'esercizio della giurisdizione, nonostante sia presa da un soggetto che si pronuncia non sulla controversia, ma soltanto su un aspetto ad essa pregiudiziale. Tuttavia, se oltre a ciò, incide sulla vigenza della legge, prende corpo l'idea che la funzione sia mista e parte del potere legislativo. Ne è derivato lo studio della peculiare politicità dell'azione della Corte costituzionale, che si è basato principalmente sulle teorie dell'indirizzo politico, del custode e della garanzia della costituzione.

Il punto debole di questo approccio, lasciando da parte le questioni relative alle teorizzazioni su cui si basa, è l'ambiguità congenita all'idea della funzione mista, che sottende una sostanziale confusione della legislazione con la giurisdizione. Se osservate dal punto di vista sostanziale o materiale, esse appaiono invece nettamente distinte: i poteri sono qualitativamente diversi e giustificati in modo differente.

Per chiarirlo bisogna partire da una distinzione generale e di fondamentale importanza: i fatti biologici o fisici sono causali, cioè sono preceduti da fatti che li determinano, quindi avvengono necessariamente. Quelli sociali non hanno una causa del genere, c'è una ragione che li provoca. Perciò possono verificarsi oppure no, sono volontari o liberi nella misura in cui gli atti ragionevoli sono autodeterminati. I primi hanno una spiegazione causale e i secondi una giustificazione.

Gli atti dotati di autorità, politici o pubblici, cioè quelli deliberati dal rappresentante della comunità politica o da chi sia incaricato da lui di agire autoritariamente, si fondano sul vincolo associativo che ciascun membro della stessa comunità assume nei confronti degli altri. Sono giustificati con la ragione pubblica⁴, con lo scopo comune per il quale esiste l'associazione politica cui si appartiene. Perciò le regole che essi stabiliscono sono una ragione per agire per ogni cittadino.

La legislazione e la giurisdizione sono funzioni politiche in senso lato. Distinguerle qualificando come volitiva la prima e cognitiva la seconda, consente di definire tutt'al più quale caratteristica prevalga in ciascuna di esse, poiché la

⁴ Il concetto di ragione pubblica è di J. RAWLS, *Theory of justice*, Harvard, 1971, trad. it., *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2009, 542; ID., *Justice as Fairness: a restatement*, Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 2001, Trad. it., *Giustizia come equità. Una riformulazione*, Milano, Feltrinelli, 2002, 31 ss.

volizione e la cognizione sono presenti in entrambe: in generale è difficile immaginare un'azione ragionevole, e forse qualsiasi attività cosciente, che non richieda una qualche conoscenza del mondo e degli uomini. Infatti, chiunque agisca ragionevolmente (o soltanto coscientemente) sa (o crede di sapere) perché lo fa, cioè conosce il fondamento (o perlomeno il senso) della propria azione⁵.

Secondo il concetto tradizionale distintivo della teoria dalla pratica, il pensiero non è un'azione. Ma forse sarebbe meglio dire che la conoscenza è azione cognitiva. Comunque la scienza dice la verità che è scoperta in un dibattito aperto a tutti gli studiosi, nel quale contano soltanto gli argomenti persuasivi e non l'autorità di chi li sostiene. In esso nessuno stabilisce il vero o il falso, la discussione va avanti fino a quando qualcuno ha qualcosa da dire. È ciò che fa anche il giurista: da questa angolazione, la sua attività scientifica è uguale a quella degli studiosi di altri campi del sapere, compresi quelli che coltivano le scienze naturali, empiriche o sperimentali.

Chi esercita la giurisdizione conosce il diritto. Ma va oltre. È autorità pubblica e decide circa il diritto del caso che le è sottoposto, stabilisce la regola di quel caso e la sua pronuncia ha forza di giudicato tra le parti, si impone anche ai soccombenti e non è più discutibile. La sua sentenza tuttavia si fonda sulla verità, è giustificata dal diritto vigente nella comunità di cui egli è magistrato, ed essa deve essere espressamente illustrata come motivazione del dispositivo della pronuncia.

Pure la legislazione è giustificata dalla ragione pubblica, quindi implica la conoscenza del bene comune. Non è motivata. Però la sua deliberazione è preceduta da un articolato dibattito pubblico nel quale i voti contrari e favorevoli alla proposta vengono sostenuti con argomenti di interesse generale, affinché si formi il consenso maggioritario. Anche i dissenzienti sono assoggettati alla regola che essa dispone. Tuttavia essi possono diventare maggioranza in una successiva deliberazione e le leggi essere abrogate da quelle seguenti.

Tanto l'una quanto l'altra, pertanto, stabiliscono regole che si impongono autoritativamente. Ma esse non provengono da un abisso insondabile, non sono una creazione infondata o arbitraria: chiunque agisca d'autorità ha bisogno di una giustificazione che fondi il proprio potere, della quale egli non dispone ed è la ragione della sua attività. Nello stesso momento in cui agisce, crea (nuove) ragioni per agire: il dispositivo della sentenza pronunciata dal giudice, siccome fondato sul diritto, è per il condannato una ragione per agire; il legislatore agisce per la comunità di cui è rappresentante e la legge che approva è giustificata dall'interesse generale, che dunque è la sua ragione, la quale è a sua

⁵ Correggo così l'opinione in proposito che ho espresso in P. PINNA, *La disposizione valida e la norma vera*, Milano, Franco Angeli, 2015, 70 ss.

volta la ragione dell'azione di ogni cittadino. Entrambi esercitano un potere deontico, sicché creano e applicano il diritto.

Il legislatore incontra meno vincoli e perciò si potrebbe affermare che è più creatore che applicatore del diritto. Dirlo sarebbe non sbagliato, ma poco significativo e praticamente inutile, perché così si descriverebbe una differenza meramente quantitativa. La legislazione invece è un'azione, la cui caratteristica saliente è qualitativa, quella di essere comunitaria, cioè intrapresa nell'interesse generale, della comunità nella sua unità. Rappresenta l'intera comunità ed è giustificata dalla ragione pubblica, è, cioè, un atto della comunità che decide su sé stessa e in questo senso pregnante politico. Non è vincolato legislativamente, poiché la modifica della legge è la sua funzione, cosicché innova le regole costitutive dei diritti, quando lo richieda l'interesse generale. Tuttavia, la legge non è un atto assoluto di creazione del diritto, è preceduto da altre leggi, perché gli uomini vivono non isolati ma in società organizzate giuridicamente; è un cambiamento o un'evoluzione di ciò che esiste.

È vero dunque che anche il legislatore produce diritto in base al diritto, applica e crea diritto. Però la funzione propria ed esclusiva del legislatore è quella di creare i diritti. Infatti, spetta alla legislazione disporre regole costitutive, costituire poteri e diritti. In questo senso specifico il legislatore crea il diritto, cioè stabilisce nuovo diritto che si aggiunge al precedente o lo sostituisce. Può essere che la legge disciplini anche il modo in cui si esercitano il potere e i diritti da essa costituiti, cioè può essere che sia semplicemente regolativa⁶, e quindi che sia atto legislativo in senso formale. Ma ciò che la caratterizza e la definisce in senso materiale è il suo valore costitutivo, cosicché fonda le pretese individuali. Almeno in parte ha bisogno, dunque, di una giustificazione che si trova non nella stessa legge ma negli argomenti dibattuti pubblicamente che ne sostengono la sua corrispondenza all'interesse generale.

I cittadini e i legislatori sono non terzi disinteressati, ma parti interessate che decidono ciò che è bene per sé stessi come comunità. Sono il popolo che decide su sé stesso. Perciò i cittadini hanno il diritto di partecipare alla procedura di giustificazione politica. Inoltre è un cittadino o un parlamentare che propone all'assemblea del popolo o dei rappresentanti, di cui egli stesso fa parte, l'approvazione di un atto come decisione di tutti. È realistico immaginare che lo faccia nel proprio interesse, come chi agisca in giudizio. Tuttavia il proponente deve dimostrare pubblicamente, resistendo alle critiche di chi gli oppone una diversa idea politica, che la sua iniziativa corrisponde all'interesse

⁶ La distinzione tra la regola costitutiva e quella regolativa è di J. R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press, 1995, trad. it., *La costruzione della realtà sociale*, Torino, Einaudi, 2006, 40 ss.

comune, o perlomeno comune a molti, se vuole ottenere il consenso necessario per la sua approvazione e sia riconosciuta come rappresentativa del popolo.

La ragione pubblica, dunque, è non il motivo del voto di ciascuno votante o di tutti coloro che hanno votato in un certo modo. Come la deliberazione collettiva che essa giustifica, è artificiale, è la ragione non di un uomo, ma quella di un'organizzazione umana. Non essendo biologica, ha bisogno di una formazione sociale, di un'attività cooperativa attraverso la quale la ragione di ciascun uomo incontra e riconosca quella di tutti gli altri. Il procedimento pubblico di giustificazione delle proposte di azione collettiva è la maniera in cui è individuata. Presuppone il disaccordo, coinvolge molte e differenti visioni, mira all'accordo e scoraggia i comportamenti strategici e faziosi. Peraltro la deliberazione legislativa potrebbe apparire fallace e ingiusta, non corrispondente al bene del popolo, secondo qualcuna delle concezioni di questo bene. Perciò è sempre discutibile e rivedibile.

Il giudice invece deve servire la legge e stabilire se le pretese avanzate dai cittadini hanno un fondamento legale e non se sono giustificate politicamente, dall'interesse generale. La ragione pubblica della giurisdizione è la legge; il dispositivo della sentenza deve essere giustificato giuridicamente con argomenti pertinenti che vanno illustrati nella motivazione. Risolve una lite, stabilendo quale sia la regola del caso controverso. Perciò è intangibile. Non è una verità indiscutibile. Le parole di verità pronunciate nella motivazione della sua decisione sono la *ratio decidendi*, e non hanno valore di giudicato.

Pure l'esercizio della giurisdizione è procedimentale; anzi il processo è il particolare procedimento che lo contraddistingue. Ma la discussione che vi si svolge ha la forma del contraddittorio tra le parti, ciascuna delle quali pretende per sé un diritto, cioè sostiene il proprio interesse contro l'altro. Essa si svolge a partire dall'affermazione della pretesa di qualcuno interessato, che lamenta la lesione di un proprio diritto, e dalla sua negazione da parte di qualcun altro controinteressato. Il processo contraddittorio serve ad assicurare la difesa dei controinteressati e non all'individuazione dell'interesse comune. Ciascuno dice o contraddice sostenendo l'interesse proprio, la propria ragione, e non quella comune. Le parti si possono accordare e mettere fine alla lite facendosi reciproche concessioni, perché ciascuna considera la transazione vantaggiosa per il proprio interesse e non ha più bisogno di una sentenza. Insomma, ciò che spinge all'azione o alla difesa e che anima il contraddittorio processuale è l'interesse di parte.

Nel processo qualcuno non propone a un'assemblea di cui è membro, ma chiede a un terzo, al giudice, una decisione a suo favore e contro qualcun altro. Il giudice non è un contraddittore e non ha interessi in comune con alcuna delle parti. Perciò la sua sentenza è imparziale. La deliberazione dell'assemblea popolare o parlamentare non lo è, non nello stesso senso: è generale, riguarda

il comune interesse e non soltanto quello di una parte. Quindi la sentenza è imparziale nel senso che è pronunciata da un giudice che non ha interessi in comune con le parti. La decisione politica è più propriamente unitaria; e non per la posizione al di sopra delle parti del decidente, ma, al contrario, proprio perché è presa dal popolo nel foro pubblico.

Il giudice quando decide dà ragione a una parte e torto a un'altra, quindi alla fine prende parte, accoglie o respinge la domanda di chi ha agito in giudizio. Tuttavia, il suo metro di giudizio è la legge. Non conosce l'interesse generale, non crea ma riconosce i diritti pre-costituiti dalla legislazione a chi avanzi pretese fondate. La ragione pubblica che giustifica la legislazione si forma nel foro pubblico dove tutti i cittadini o i loro rappresentanti politici discutono e approvano le deliberazioni comuni e non nel processo nel quale chi agisce asserisce la lesione di un proprio diritto e chiede giustizia, una sentenza che gli dia o restituisca ciò che è suo secondo la regola legislativa. Quindi il giudice innanzitutto deve interpretare la disposizione legislativa che definisce il fatto e la regola per esso prevista, cioè la norma costitutiva del diritto. È un'attività conoscitiva del diritto diretta alla formulazione di un giudizio che ha ad oggetto il fatto posto a fondamento del diritto preteso, e precisamente se esso somiglia a quello previsto dalla legge come costitutivo del diritto; e se corrisponde il giudice sentenza che quel caso è soggetto alla regola prevista dal legislatore. La sentenza dunque contiene un giudizio su questi fatti e una conseguente decisione su quale sia la regola legislativa che si applica ad essi.

Anche i giudici votano, quando è un collegio a giudicare, e può darsi che ogni giudice voti o decida, quando è un singolo, secondo la dottrina comprensiva di cui è seguace o perlomeno influenzato da essa. Ma la *ratio* della sentenza deve essere soltanto una dottrina interpretativa della legge e quindi le idee del giudice circa la giustizia e il bene comune non possono trovare posto nella motivazione.

4. Il giudizio costituzionalità giustificato col diritto costituzionale, giuridicamente, e non con l'interesse generale, politicamente

Le competenze della Corte costituzionale che qui interessano sono definite come un *giudizio* su *controversie* circa la legittimità costituzionale di una legge (art. 134) e la pronuncia su di esse, come *dichiarazione* di illegittimità costituzionale. Sono espressioni che evocano chiaramente la giurisdizione. Nel procedimento incidentale il giudice costituzionale non risolve una controversia vera e propria: infatti, manca l'azione, poiché l'iniziativa e la formulazione della domanda spetta al giudice comune, le parti che vi possono interloquire sono eventuali, la loro assenza non impedisce il giudizio instaurato dall'ordinanza di remissione. Ciò non per il fatto che il giudizio di costituzionalità incidendo sulla legislazione ha una portata generale e trascende il caso che lo ha provocato –

come spesso si dice - ma perché riguarda una questione di diritto pregiudiziale alla risoluzione della lite pendente davanti al giudice a quo, rispetto alla quale l'attività di parte non è necessaria, secondo il principio *iura novit curia*.

Le parole scritte nella Costituzione a proposito della funzione della giustizia costituzionale, allora significano essenzialmente che spetta al giudice costituzionale l'accertamento della costituzionalità della legge, quindi dire quale sia il diritto vigente valido, in base al quale va stabilito il fondamento della pretesa di un diritto o di un potere azionata nel processo a quo (o direttamente davanti alla Corte costituzionale, da chi sia abilitato a farlo). Ciò esclude il potere di attribuire a fatti bruti il valore di diritti, che è proprio della legislazione. Sicché la Corte costituzionale può motivare la propria pronuncia soltanto con argomenti di diritto costituzionale, senza alcuna considerazione di quell'interesse generale che giustifica la creazione del diritto legislativo (costituzionale o ordinario). D'altra parte, essa e il giudizio di costituzionalità della legge non possono essere paragonati al foro pubblico nel quale si discutono e deliberano le proposte politiche né al procedimento di formazione della ragione pubblica che giustifica il vincolo legislativo.

5. La giurisprudenza costituzionale tra la giurisdizione e la legislazione. Su alcune recenti pronunce controverse

La motivazione della pronuncia della Corte costituzionale può essere esatta o sbagliata, cioè dire il vero o il falso circa la validità costituzionale del diritto controverso. Ma la fallacia interpretativa ovviamente non denota una prepotenza. Invece va oltre la giurisdizione e invade la sfera legislativa quando argomenta considerando direttamente la ragione pubblica e sostiene la decisione con un proprio apprezzamento dell'interesse generale; in altre parole quando fa ciò che espressamente esclude l'art. 28 della legge n. 87 del 1953, ossia: «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento». Insomma la giustificazione pubblica della sentenza sulla legittimità costituzionale della legge, come di ogni pronuncia giurisdizionale, non può essere politica.

Da questa prospettiva, la recente giurisprudenza solleva qualche interrogativo. Ne tratto considerando soltanto qualche caso emblematico tra quelli più discussi.

La Corte costituzionale ha esteso l'accesso al sindacato di costituzionalità in via incidentale, per evitare che in esso vi siano zone d'ombra o franche, attenuando il rigore di due requisiti di ammissibilità della questione. Ha riconosciuto il carattere giurisdizionale al giudizio di parificazione dei rendiconti regionali (sent. 196/2018) e la rilevanza delle questioni sollevate nel corso di giudizi di accertamento circa la costituzionalità dell'esercizio del diritto di voto nelle elezioni del Parlamento (sent. 1/2014). Questo orientamento chiaramente

incide sul legame del sindacato di costituzionalità con la giurisdizione e potrebbe scioglierlo o attenuarlo. Gli argomenti utilizzati per sostenerlo sono opinabili. Però non vanno oltre l'errore interpretativo e possono essere dibattuti giuridicamente. Peraltro quelli che si riferiscono all'esigenza di eliminare zone d'ombra nel controllo di costituzionalità, per la loro vaghezza, sono di natura dubbia. Infatti si dice che quella esigenza, «affermata da questa Corte quale tratto costitutivo del sistema di giustizia costituzionale, è tale da riflettersi sui criteri di valutazione dei requisiti di ammissibilità delle questioni» (sent. 196/2018), oppure che non possono essere immuni dal sindacato di costituzionalità «le leggi, quali quelle concernenti le elezioni della Camera e del Senato, che definiscono le regole della composizione di organi costituzionali essenziali per il funzionamento di un sistema democratico-rappresentativo». Tuttavia, manifestano l'intenzione non di portare il controllo di costituzionalità in campi lontani dalla giurisdizione, ma di assicurare quel sindacato ogni volta in cui esso serve all'esercizio della funzione giurisdizionale.

La sentenza n. 242 del 2019 sul reato di assistenza al suicidio è anomala sul piano processuale. È stata preceduta da un'ordinanza sospensiva del giudizio che ne ha anticipato i contenuti. Sicché il provvedimento processuale nella sostanza è stato una dichiarazione di incostituzionalità con una sorta di condizione sospensiva: la pronuncia di incostituzionalità chiaramente delineata nell'ordinanza è stata rinviata, richiedendo al legislatore di intervenire per la disciplina della procedura dell'assistenza al suicidio nel caso particolare descritto dalla stessa ordinanza. L'intervento legislativo non c'è stato e la Corte costituzionale ha convertito l'ordinanza sospensiva in un dispositivo di accoglimento additivo a rime non proprio obbligate e a carattere suppletivo, le cui regole procedurali si applicano fino a quando la legge ne stabilirà altre per disciplinare l'aiuto al suicidio depenalizzato dalla decisione della Corte costituzionale. Qui interessa soprattutto per questa motivazione della dichiarazione di incostituzionalità: poiché è previsto «l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) –», non si vede quale sia la ragione per la quale imponesse «un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale».

Come si vede, la Corte costituzionale considera il rifiuto del trattamento terapeutico vitale analogo all'azione suicidaria, poiché in entrambi i casi il malato decide di morire, e osserva che la realizzazione della scelta di lasciarsi

morire deve essere assistita da un medico, mentre quella di darsi la morte non può essere aiutata in nessun modo; e non capisce la ragione di questa differenza.

Al riguardo, si può obiettare che chi non acconsente a un trattamento sanitario esercita un diritto costituzionale. Quindi il medico non può iniziare una terapia o deve interromperla, se necessario disattivando apparecchiature medicali o in altro modo, qualora non abbia il consenso del malato, anche quando è un trattamento vitale; inoltre il rifiuto di questa terapia non esclude altri trattamenti, come quelli palliativi. In breve, il medico è obbligato ad assecondare chi rifiuta di curarsi, perché questi ha il diritto di non subire un determinato trattamento terapeutico. Togliersi la vita non è un diritto; e quando è compiuta da chi abbia rifiutato trattamenti sanitari vitali, è un'azione ulteriore, forse conseguente al rifiuto della terapia – stabilirlo è molto difficile, se non impossibile - e comunque diversa da quella di non curarsi.

Pertanto viene da chiedersi: la sentenza della Corte costituzionale che ha escluso la punibilità dell'aiuto al suicidio nei casi particolari da essa descritti, ha creato un nuovo diritto, e precisamente quello al suicidio assistito da un medico, come se fosse una legge?

Se la risposta fosse positiva, dovremmo intenderla come una pronuncia costitutiva di un diritto, che in più stabilisce analogicamente e suppletivamente la modalità del suo esercizio. Dispone infatti che ai casi da essa indicati si applichi la disciplina degli artt. 1 e 2 della legge 22 dicembre 2017, n. 219 (Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento); il che non esclude – anzi è vigorosamente auspicato nella motivazione- l'intervento legislativo specificamente regolativo della procedura del suicidio medicalmente assistito.

Senonché, nella sentenza si sostiene che è un *obbligo* del medico astenersi dal praticare la terapia non acconsentita, il quale implica la prestazione dell'assistenza necessaria a chi decide di lasciarsi morire, mentre si definisce semplicemente *lecito* l'aiuto che fosse prestato a favore di chi, avendo rifiutato le cure che lo tengono in vita, decide di suicidarsi. Sicché questi non può pretendere che la sua azione suicidaria sia medicalmente assistita. Tuttavia il medico che dovesse aiutarlo non commetterebbe un reato. D'altra parte, gli argomenti utilizzati a sostegno della decisione non sono politicamente caratterizzati. Si può perciò concluderne che la sentenza non ha oltrepassato il confine della giurisdizione.

Lo ha superato la decisione contenuta nella sentenza n. 41 del 2021: ha riconosciuto l'illegittimità delle disposizioni secondo cui i giudici onorari possono essere componenti stabili della Corte di appello; tuttavia, l'ha dichiarata nella parte in cui non prevedono che esse si applichino fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall'art. 32 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116. Sicché

quelle disposizioni incostituzionali continuano ad applicarsi per un lungo periodo.

La pronuncia è stata inserita dallo stesso giudice delle leggi nel filone giurisprudenziale che modula gli effetti nel tempo della dichiarazione di incostituzionalità. In genere ha riguardato quelli cosiddetti retroattivi, più precisamente il divieto di applicare le norme dichiarate incostituzionali, imposto dalla legge n. 87 del 1953. In questo caso invece ha inciso sulla regola costituzionale secondo cui le stesse norme perdono efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza⁷. Da essa e più in generale dall'orientamento giurisprudenziale in cui si inserisce emerge la messa in discussione del carattere meramente dichiarativo della sentenza di accoglimento, quando la decisione produce effetti collaterali indesiderati, per così dire. Sono causati non tanto dall'impatto sui rapporti passati o futuri, più precisamente, sull'applicazione o sulla vigenza della legge, quanto dalla portata generale della decisione.

Nella sentenza del 2021, di cui mi occupo ora, si considera «l'esigenza di tener conto dell'inevitabile impatto complessivo che la decisione di illegittimità costituzionale è destinata ad avere sull'ordinamento giurisdizionale e sul funzionamento della giustizia nelle corti d'appello». Quindi si osserva che «l'apporto dei giudici ausiliari finora è stato significativo e apprezzato nelle relazioni dei Presidenti delle corti d'appello sullo stato della giustizia nei singoli distretti» e che «il loro contributo allo smaltimento o al contenimento dell'arretrato del contenzioso civile è stato assicurato anche dall'espressa previsione dell'art. 68, comma 2, del d.l. n. 69 del 2013, che richiede che ogni giudice ausiliario debba definire, nel collegio in cui è relatore, almeno novanta procedimenti per anno, peraltro computando nella misura di un ottavo di provvedimento i decreti in materia di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo». Infine si pronostica la conseguenza fattuale che avrebbe la dichiarazione di incostituzionalità: «è di tutta evidenza che il venir meno di tale apporto recherebbe, nell'immediato, un grave pregiudizio all'amministrazione della giustizia, tanto più nella situazione attuale, che vede come urgente l'esigenza di riduzione dei tempi della giustizia, e quindi anche di quella civile, dove hanno operato e operano i giudici ausiliari presso le corti d'appello».

La Corte ritiene che evitare un simile pregiudizio e più ampiamente carenze nell'organizzazione della giustizia sia un'esigenza di cui farsi carico perché la tutela giurisdizionale è la garanzia di ogni diritto fondamentale. Ma non indica precisamente quale sia il fondamento costituzionale di questo suo ufficio. L'efficace e ben organizzata amministrazione della giustizia, come di ogni

⁷ Infatti per V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio costituzionale*, 2001, 131, «è una sorta di singolare e inedita operazione di "sospensione" temporanea dell'art. 106, secondo comma, della Costituzione, decisa dalla Corte costituzionale».

amministrazione pubblica, incide positivamente sulla tutela dei diritti. Tuttavia, non è un diritto e non è paragonabile o bilanciabile con la pretesa ad essere giudicato da un magistrato costituito nel modo previsto dalla legge (costituzionale e ordinaria), nel caso specifico da un collegio composto da giudici nominati per concorso. È un interesse generale o uno scopo comune; perseguirlo è un compito dei rappresentanti e dei ministri del popolo. In particolare spetta al legislatore (costituzionale e ordinario) costituire i poteri e i diritti che sono necessari e in genere predisporre i mezzi adeguati al fine politico che si vuole raggiungere. Ad esempio, l'art. 117 della Costituzione riserva alla legislazione statale la competenza alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali che devono essere assicurati su tutto il territorio nazionale, cioè crea il potere statale necessario affinché i servizi inerenti ai diritti civili e sociali siano organizzati in modo tale da assicurare a tutti i cittadini le prestazioni essenziali.

La pronuncia del giudice costituzionale in esame sconfinava nella politica, perché è argomentata considerando ciò che è meglio fare per l'interesse comune, nel caso specifico ciò che è bene per l'amministrazione della giustizia. Dire che esso è un valore costituzionale non è significativo: ogni interesse generale ha questo valore, in quanto è la ragione dell'azione della comunità politica formata dalla costituzione. Quindi la «soluzione (...) costituzionalmente adeguata alla protezione di tali valori» che la Corte afferma di voler trovare è politica e sacrifica, ancorché temporaneamente, il diritto garantito dall'art. 106 all'organizzazione e al funzionamento adeguati dell'amministrazione della giustizia.

In più, la soluzione è stata quella di dichiarare l'incostituzionalità delle disposizioni censurate in modo tale da lasciare «al legislatore un sufficiente lasso di tempo che assicuri la «necessaria gradualità nella completa attuazione della normativa costituzionale», segnatamente dell'art. 106, secondo comma, Cost.». Ed è consistita in una sentenza di accoglimento nella parte in cui quelle disposizioni non prevedono che esse «si applichino fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall'art. 32 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116 (Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57)». L'aggiunta chiaramente non è a rime obbligate, poiché è non la norma pertinente ricavata dalle disposizioni vigenti, sia pure con un'interpretazione sistematica o analogica assai ampia, la cui applicazione consente la formazione legittima del collegio giudicante l'appello, ma la disciplina transitoria prevista per l'estensione delle competenze del giudice di pace e la diminuzione delle cause soggette alla trattazione collegiale del tribunale, disposta dall'art. 27 del decreto legislativo n. 116 del 2017. Quindi non è

neppure una regola che gradualmente attua l'art. 106, secondo comma, della Costituzione⁸. Tanto è vero che l'art. 12 dello stesso decreto prevede che, sia pure in particolari condizioni, i giudici di pace possono essere destinati a comporre i collegi civili e penali del tribunale.

In realtà, la Corte costituzionale ha differito l'efficacia della propria pronuncia di accoglimento, sulla base di una valutazione politica, di ciò che essa reputa sia adeguato al buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia. Appoggia la decisione su molti suoi precedenti. Valutarne la pertinenza e la coerenza sarebbe un discorso troppo lungo e poco utile. In ogni caso, conta il fatto che essi adesso vengono intesi come l'espressione dell'orientamento secondo il quale, nei casi in cui il giudice delle leggi ritiene che la soluzione della questione di costituzionalità richiede una riforma complessa realizzabile in modo soddisfacente dalla legge, adegua la propria decisione al caso: l'interesse generale alla modifica legislativa viene temperato col diritto riconosciuto al singolo dalla Costituzione. L'inevitabile sacrificio della posizione soggettiva che ciò comporta è equamente ridotto allo stretto necessario e imposto provvisoriamente o transitoriamente, fino a quando la disciplina legislativa prenderà il posto di quella individuata dalla sentenza. Insomma, la pronuncia del giudice costituzionale non sostituisce ma supplisce la legislazione. Nondimeno è legislazione e supera la funzione del controllo di costituzionalità della legge pure quando è motivata dall'inerzia del legislatore che sia stato sollecitato a modificare le norme illegittime da una precedente decisione dello stesso giudice.

⁸ Cfr. V. ONIDA, *Modulazione*, cit., 134.