amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 2/2022

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Eccesso di potere giurisdizionale, fuga dalla legge e ricorso ai poteri impliciti: gli equivoci della semplificazione del giudizio e della elasticità delle decisioni della Corte costituzionale in materia di tutela della salute

di Mariaconcetta D'Arienzo

(Professoressa associata di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope")

Sommario

1. Inquadramento del tema e delimitazione del campo di indagine. 2. Il processo costituzionale e la visione della giustizia costituzionale. 3. Definizione del ruolo e delle modalità di intervento della Corte costituzionale: discrezionalità legislativa e limiti all'esercizio del potere giurisdizionale con particolare riferimento al diritto alla salute. 4. Egemonia statale e ridefinizione del ruolo delle Regioni in materia sanitaria. 5. L'eccesso di potere giurisdizionale come vizio della funzione: considerazioni critiche sulla (presunta) irresponsabilità della Corte costituzionale e sulla insindacabilità della decisione di ultima istanza. 6. Conclusioni.

Abstract

The essay analyzes the excess of judicial power, as a defect of the function, which is configured not only in the case of absolute or relative defect of jurisdiction, but also in the hypothesis of illegitimacy of the exercise of the power itself due to encroachment of the same in areas unrelated to the jurisdiction of the Constitutional Court. On the assumption, therefore, that the Court, as a court of last instance, cannot escape the system of liability, the investigation highlights the risks of a minimalist approach in judgments in which fundamental rights and their protection are highlighted, the survey assumes the revision of article 137 Cost. as the only remedy for the lack of control and opposition to the usurpation of power and legislative function and also, in the future, a stimulus for the initiation and development of forms of consultation inspired by the principle of loyal collaboration.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Inquadramento del tema e delimitazione del campo di indagine.

In un saggio del 1958 Ottaviano[1] riprendendo il pensiero di Santi Romano[2] ha chiarito che qualsiasi ordinamento esiste se ed in quanto ci sia «una forza che renda effettivi i precetti che lo costituiscono (…) da riportare (oltre che) alla volontà di coloro che agiscono proponendosi di attuar(li)», soprattutto alla volontà normativa (ossia alla vincolatività della norma cogente) per la soggezione dei soggetti attuatori e delle decisioni alla legge nella consapevolezza di quanto ambiguo e pericoloso possa essere l'esercizio di un potere formalmente giurisdizionale ma sostanzialmente normativo per il mantenimento dell'equilibrio istituzionale.

Tale suggestione offre uno spunto per indagare l'eccesso di potere giurisdizionale, ossia quella particolare ipotesi di sviamento del potere che consiste in un'indebita attività di produzione normativa, nettamente distinta da quella interpretativa, in quanto creativa della legge nel caso concreto[3].

L'interesse nei confronti del tema nasce dalla constatazione che pur rappresentando un problema tra i più tormentati e controversi di cui non è neanche agevole comprendere la portata risultando addirittura sfuggente, fino al punto di sovrapporsi e confondersi con il difetto (assoluto o relativo) di giurisdizione, esso è stato poco o per nulla arato con riguardo alle sentenze del giudice delle leggi. Le ragioni di tale diffidenza o deferenza si spiegherebbe per la natura discrezionale del potere esercitato tale da riconoscere all'organo un carattere di sovranità e un margine piuttosto ampio di libertà che gli vale l'immunità giurisdizionale.

Investendo la manifestazione o rappresentazione della funzione e, quindi, l'attività che si sostanzia nell'adozione dei provvedimenti da cui dipende l'effettività dei principi, l'indagine si appunta sul rapporto tra la Corte costituzionale, quale giudice di ultima istanza [che «giudica in via definitiva con sentenza» o con «ordinanza dichiara la manifesta infondatezza dell'eccezione di incostituzionalità» sempre via definitiva o ancora, sia pure con alcune peculiarità, decide sui conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni (c.d. conflitti intersoggettivi), e tra poteri dello Stato (c.d. conflitti interorganici)], le leggi (ordinarie e costituzionali, in considerazione del rango che esse occupano nella gerarchia delle fonti) e la Costituzione.

La riflessione, quindi, ha ad oggetto una tematica che attiene "alla" e attinge "dalla" teoria generale allo scopo «di definire l'ampiezza (e, quindi,) i limiti del potere giurisdizionale e di una competenza che (...) pur non attribuita sia dalla Corte considerata implicita perché strumentale, o necessaria o conseguenziale» all'esercizio

[1] V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim.dir.pubbl.*, 1958, ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1992, p. 91 ss.

[2] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, II ed., Firenze, 1946, p. 176 ss.

[3] Cass. SS.UU. 1° ottobre 2014, n. 20698; 23 dicembre 2014, n. 27341.

ISSN 2036-7821

della sua funzione[4] espressione di una «sovranità (…) disciplinata, limitata, circoscritta (e che quindi) non può vuol dire assoluta libertà e arbitrarietà del potere statale»5.

Nello Stato di diritto fondato sul principio di legalità la sovranità deve necessariamente conformarsi ai valori, ai principi e ai diritti costituzionali.

Ciò vale per qualsiasi potere pubblico e, a maggior ragione, per la Corte costituzionale la quale per non sfuggire al sistema delle responsabilità non deve beneficiare di "«zone franche» che sono un *vulnus* alla Costituzione"[6].

Tali considerazioni offrono lo spunto per riflettere sulla responsabilità per i danni cagionati ai diritti costituzionalmente protetti dall'esercizio del potere giurisdizionale, una tematica molto delicata ed attuale che intercetta il rapporto tra i poteri dello Stato, ossia tra «creazionismo giurisprudenziale»[7] e attività legislativa. L'attenzione, in particolare, è rivolta ai giudizi che intercettano le questioni inerenti alla salute, in considerazione dell'impatto ordinamentale di decisioni abnormi dal punto di vista strutturale e funzionale integranti un vizio della funzione giurisdizionale (sotto forma di sviamento) che trasmigra nell'incompetenza nei termini che saranno di seguito precisati[8].

La valutazione d'impatto nel processo costituzionale, infatti, assume un rilievo decisivo rispetto alla natura giuridica delle decisioni, al significato del ruolo e dell'attività svolta dalla Corte, ai suoi rapporti con il Parlamento e con la Costituzione (in considerazione della posizione che essa occupa nel sistema delle fonti e della vincolatività delle norme che dettano regole e principi che si indirizzano tanto al legislatore quanto ai giudici).

---

[4]Il virgolettato è tratto da G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti. Recensione a Cristiano Celone, la funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano, 2012, in *Diritto e società*, n. 1/2015, pp. 223-235. Il tema indagato che intercetta il principio di legalità è stato oggetto di studio soprattutto in ambito pubblicistico con riferimento all'attività della P.A. e del G.A. (Id., *Il principio di legalità e i poteri impliciti*, in *Dir.amm.*, 2007, p. 703 ss.; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; Id., *Le competenze decisorie del giudice amministrativo tra principio di legalità e tecniche di attribuzione in via pretoria di potestà innominate*, in *Dir.proc.amm.*, 2000, p. 453 ss.

[5]Cfr., G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, XIV, Bologna, 2012, p. 18.

[6]L'espressione è tratta da R. BIN, *Chi è responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in *www.robertobin.it*.

[7] Mutuando il titolo di un recente lavoro di P. PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff, Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021.

[8] Restando altrimenti oscure le ragioni per cui «un difetto rincarato del potere possa risolversi in eccesso» (F. CARNELUTTI, *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, p. 34). L'eccesso o sviamento della funzione giurisdizionale denota lo scostamento dai ruoli rispetto al modello ordinamentale, ai valori e agli assetti costituzionali implementati dal diritto europeo.

ISSN 2036-7821

La dottrina che di recente[9] si è occupata del tema ha chiarito che la valutazione d'impatto nelle sue diverse accezioni (ambientale, politico-istituzionale e sociale), consistendo in un'attività ontologicamente diversa da quella spettante al legislatore o ai giudici comuni, si svolge nei limiti delle attribuzioni della Corte.
E se, indubbiamente, essa deve fare i conti con l'instabilità del contesto politico, sociale, ed economico-finanziario di riferimento, certamente con tale attività essa non si può spingere fino al punto di ingerirsi nelle scelte del legislatore, consentendole tutt'al più di ritagliarsi spazi di interpretazione (delle regole e dei principi) e di intervento nell'esercizio del proprio potere discrezionale nel rispetto della Costituzione e dei suoi valori.
La valutazione d'impatto è, dunque, espressione della legittimazione all'esercizio della funzione giurisdizionale, e lo strumento con cui la Corte rafforza il suo ruolo di interlocutore con il legislatore e i giudici comuni, stabilizzando la propria collocazione nel sistema dei poteri costituzionali e nel contesto in cui le decisioni spiegano i loro effetti normativi e temporali.
Se ne desume, quindi, che nelle materie non precluse alla cognizione del giudice costituzionale, l'attività della Corte concorre alla «formazione di un nuovo diritto non legislativo (al fine di) coordinare esigenze e necessità che tutte hanno un fondamento nel campo del diritto»[10] e contribuisce ad attualizzare la Costituzione grazie alla predeterminazione del modello degli effetti normativi e temporali delle decisioni facendo un uso flessibile delle regole e delle categorie processuali.
E se, da un lato, la proliferazione dei moduli decisionali è stata interpretata come una vera e propria «fuga dalla giurisdizione» della Corte per affermare la propria supremazia nei confronti degli altri poteri costituzionali, lo sconfinamento nella discrezionalità legislativa da un lato avvalora la tesi della progressiva politicizzazione del giudizio costituzionale e della funzione, con il rischio di snaturarne le caratteristiche del tutto peculiari[11]. Parallelamente richiama la Corte alle sue responsabilità atteso che essa «non può disinteressarsi delle conseguenze concrete, degli effetti sue pronunce» in considerazione del«(l)'evoluzione della

[9]Cfr., E. CAVASINO, *L'impatto ordinamentale del decisum come fattore di decisione nelle pronunce della Corte costituzionale*, in M. E. D'Amico – F. Biondi (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, ES, 2018, p. 401 ss.

[10] L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali. Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia (a cura di P. Barile, E. Cheli, S. Grassi)*, Bologna, 1982, p. 515.

[11] M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *AIC*, n. 1/2013, p. 5 ss. Id., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *AIC*, n. 3/2012, p. 10 ss. ha evidenziato i rischi connessi alla scelta di legittimare il ruolo eversivo della Corte e ha chiarito che «la politica ha ancora un suo spazio, ha ancora il compito di identificare tempi e modi della realizzazione del progetto della Costituzione (…)», il che dovrebbe indurre la Corte a fare un passo indietro riportandosi nei confini dell'esercizio del potere giurisdizionale.

ISSN 2036-7821

cultura giuridica ed in generale della società» e dell'impatto politico-istituzionale che le stesse potrebbero avere sui progetti *in fieri* di riforma costituzionale.
Specie per quanto concerne l'assetto delle competenze istituzionali in materia sanitaria dovrebbe prevalere la tendenza alla minimizzazione degli effetti delle pronunce se non al fine di assecondare, quanto meno di non ostacolarne lo sviluppo condizionandone gli esiti[12].
La delicatezza e la precarietà degli equilibri politici-istituzionali in materia di salute impone alla Corte un particolare rigore nella valutazione di impatto della decisione sulla situazione normativa scrutinata.
D'altra parte, il «principio» di flessibilità delle categorie processuali da cui discende il potere di governare gli effetti delle pronunce della Corte non è assoluto, ma anzi conosce precisi limiti (o deroghe) ben precisi.
A seconda delle circostanze, quindi, ad esempio la Corte può graduare gli effetti retroattivi delle sue pronunce (ad es. nei giudizi sulle leggi in via incidentale rispetto alle sentenze di incostituzionalità sopravvenuta o differita) onde evitare le conseguenze del vuoto normativo sul tessuto ordinamentale in seguito alla demolizione della norma dichiarata incostituzionale, pungolando il legislatore a disciplinare nel modo più rapido e opportuno, gli aspetti che abbisognano di una esplicita regolamentazione.
In questo solco si colloca anche la recentissima decisione sul referendum abrogativo dell'art. 579 c.p. sull'omicidio del consenziente dichiarato inammissibile dalla Corte perchè «non sarebbe preservata la tutela minima costituzionalmente garantita della vita umana, in generale e con particolare riferimento alle persone deboli e vulnerabili». Con ciò, la Consulta ha inteso sottolineare che la delicatezza della materia impone di prestare la massima attenzione, prudenza e cautela, in attesa degli sviluppi dell'*iter* di approvazione della legge sul suicidio assistito.
Non meno problematica è la vicenda relativa alla prospettata illegittimità costituzionale dell'obbligo di esibire il super Green pass o Green pass rafforzato per accedere al luogo di lavoro imposto ai sanitari, ai militari e alle forze dell'ordine ex art. 4 del D. L. 1° aprile 2021, n. 44 ss.mm.ii. ed esteso, da ultimo, a tutti i lavoratori over 50 delle aziende pubbliche e private che in mancanza rischiano la sospensione dal lavoro e dallo stipendio pur conservando il posto di lavoro.
L'attuale disciplina, prevede, altresì, la irrogazione di sanzioni anche nei confronti del datore di lavoro che abbia omesso il controllo, nonchè, dal 1° febbraio la condanna al pagamento di una multa all'esito del controllo eseguito da parte

[12] F. SAJA, *Introduzione*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*. Atti del Seminario di studi tenuto a Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989, vol. I, spec. pp. 2-3.

ISSN 2036-7821

dell'Agenzia delle Entrate nei confronti dei lavoratori che si rifiutano di vaccinarsi persistendo l'obbligo fino al 15 giugno p.v.

In attesa che la Corte si pronunci sulla questione sollevata dal TAR Lombardia[13] e dal TAR Lazio[14], nonché sulla legittimità costituzionale dell'obbligo di profilassi imposto dall'Autorità sanitaria militare ex art. 206 bis del Codice Ordinamento Militare sollevata di recente dal Tribunale militare di Napoli con ordinanza del 3 febbraio u.s. in relazione all'art. 32 Cost., ci si prefigura l'impatto delle verifiche costituzionali sull'atteso intervento del Governo di rimodulazione e successivamente di rimozione del Green pass[15], e degli esiti dell'iter di approvazione della legge sul suicidio assistito su cui inevitabilmente peserà il verdetto della Corte costituzionale che ha dichiarato inammissibile il referendum sull'eutanasia e/o della verifica costituzionale della legittimità delle misure impositive dell'obbligo vaccinale. Le fattispecie, per ora solo accennate, dovrebbero stimolare la Corte costituzionale ad attivarsi a ricercare nuove forme di interazione e di dialogo con il legislatore, le Corti sovranazionali ed i giudici comuni.

Diversamente, infatti, la *vis* espansiva della Corte nei confronti degli altri attori istituzionali, implicando un riposizionamento della stessa nel sistema ordinamentale, potrebbe rappresentare un ostacolo alla cooperazione istituzionale.

La Corte, invece, dovrebbe cogliere l'occasione per alleggerire la pressione su di sé aggravata dal fatto che essa non di rado si trova a disagio ed incontra difficoltà sul «se» e «come» decidere e nell'interpretare al meglio il ruolo di custode della

---

[13] TAR Lombardia, ord. 14 febbraio 2022, n. 192.

[14] TAR Lazio, sez. I-bis, decr. 14 febbraio 2022, n. 919. I giudici amministrativi, rispettivamente, hanno accolto il ricorso di una psicoterapeuta non vaccinata ritenendo irragionevole la sospensione dall'Albo degli psicologi e dal lavoro anche a distanza, e di militari no vax sospendendo l'efficacia dei provvedimenti impugnati, "Previa, ove necessario, disapplicazione dell'art. 2 del Decreto Legge n. 172 del 26.11.2021, convertito in Legge n. 3 del 21.01.2022, recante 'Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19 e per lo svolgimento in sicurezza delle attività economiche e sociali'; previa, ove necessario, remissione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 del decreto legge n. 172 del 26.11.2021, convertito in legge n. 3 del 21.01.2022".

[15] Cfr. Min. Salute ord., 28 aprile 2022 che richiama il d.l. 24 marzo 2022, n. 24 (art. 8) il quale ha disposto l'archiviazione definitiva del Green pass (base e rafforzato) a partire dal 1° maggio u.s., ad eccezione che per l'ingresso nelle RSA fino al 31 dicembre p.v., così come l'abolizione dell'obbligo di indossare le mascherine anche al chiuso a partire dal 15 giugno p.v., la decadenza dell'obbligo vaccinale per over 50, forze dell'ordine e lavoratori delle scuole e dal 31 dicembre p.v. anche per gli operatori sanitari e lavoratori di ospedali e RSA e dell'obbligo di tampone per i visitatori delle RSA che, in assenza del completamento del ciclo vaccinale, potrebbe mettere a repentaglio la salute dei soggetti più deboli. L'abbandono graduale ed inesorabile delle restrizioni anticovid, ivi compreso l'uso dei DPI - solo raccomandati in luoghi potenzialmente molto rischiosi per la salute dei cittadini - rafforza la sensazione - approssimata ormai alla certezza - che il Governo, assalito dall'ansia di uscire al più presto fuori dall'emergenza, ora e anche in futuro finisca per trascurare gli obblighi che postulano il monitoraggio costante ed il controllo dello stato di salute della popolazione (che tra l'altro mai come adesso appare piuttosto sfuggente) esponendosi inevitabilmente alle conseguenze della mancata o ritardata assunzione delle dovute cautele e, quindi, alla responsabilità per i danni da «illecito costituzionale» (mutuando l'espressione di G. LOMBARDI, *Illecito costituzionale e responsabilità del legislatore*, in *Dir.pubbl.comp.eur.*, 2000, p. 1793 ss.).

ISSN 2036-7821

Costituzione portando su di sé il peso della responsabilità di garantire il rispetto dei valori su cui essa si fonda[16].

2. Il processo costituzionale e la visione della giustizia costituzionale.

Risalente, ma sempre attuale è dibattito sulla natura di organo giurisdizionale o politica della Corte alimentato dalla constatazione della conclamata e consolidata autonomia di cui essa gode nel forgiare il processo costituzionale manipolando ed integrando le regole processuali[17] in relazione ai diritti ed agli interessi da soddisfare, all'esito dei giudizi in via incidentale di legittimità delle leggi.

Ad una prima tesi particolarmente rigorosa circa la vincolatività delle regole del giudizio costituzionale tale per cui la Corte non può derogarvi dando, piuttosto, ampio spazio alle richieste delle parti da cui discende l'obbligo della stessa di attivarsi con i poteri istruttori a garanzia della tutela dei diritti costituzionali[18], si contrappone l'altra secondo cui il giudizio è finalizzato alla tutela del diritto costituzionale in cui il ruolo della Corte è egemone al punto da consentirle di modificare, integrare e derogare le regole del giudizio di costituzionalità quando ciò sia indispensabile per ripristinare la legittimità costituzionale nell'interesse generale (al corretto esercizio della funzione), su cui impattano le decisioni[19].

Su tale distinzione, tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, si sono sviluppate le riflessioni della dottrina a proposito dell'esistenza del processo costituzionale, della natura della giustizia costituzionale e del ruolo della Corte[20] nei giudizi in cui «possono venire in discussione i diritti dei singoli, i quali risultano inseriti in un giudizio di origine che, come tale, richiederebbe una risposta da parte della Corte comunque ancorata ad alcuni capisaldi dell'attività giurisdizionale, prima tra tutte l'eteronimia delle regole del proprio giudizio»[21].

---

[16] Prendendo a prestito le parole di G. LATTANZI, *Frammenti di un novennio (dicembre 2010 - dicembre 2019)*, in *www.questione.giustizia.it* (n. 4/2021) l'obiettivo è appunto quello di diffondere la cultura della Costituzione, farne capire i valori, ma anche la protezione che essa rappresenta per tutti.

[17] G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in G. Cattarino (a cura di), *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, Milano 1990, pp. 105 ss. M. D'AMICO, *Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi*, in *Giur. it.*, 1990, IV, pp. 480 ss.; Id., *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991.

[18] M. D'AMICO, *Gli amici curiae*, in *www.questione.giustizia.it* (n. 4/2021).

[19] Di recente sul tema, G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 83 ss.

[20] F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile - E Cheli - S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; G. ZAGREBELSKY, ivi, p. 19 ss.; C. MEZZANOTTE, *Processo costituzionale e forma di governo*, in AA. VV., *Giudizio "a quo" e promovimento del processo costituzionale*, cit., p. 63 ss. R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro It.*,1995, parte I, col. 1082.

[21] M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984; R. ROMBOLI, *Il giudizio costituzionale incidentale come processo senza parti*, Milano, 1985; Id. (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-1989)*, Torino, 1990; *La giustizia costituzionale a una svolta»*, Atti del Seminario (Pisa, 5 maggio 1990), Torino, 1991.A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli,

ISSN 2036-7821

Significativo, in tal senso è stato lo sforzo profuso per definire il nucleo delle regole processuali cui la Corte deve uniformarsi e che pertanto sarebbero sottratte alla sua disponibilità sia nella fase dell'instaurazione che nello svolgimento del processo, a garanzia della legittimazione della Corte e della sua indipendenza dalla politica, nonché della prevedibilità delle decisioni (e dei loro effetti) emanate all'esito di giudizi su questioni politicamente rilevanti, e a tutela dei diritti fondamentali[22].

Fin dall'inizio, si è posto il problema di confinare la Corte nel suo ruolo evitando illegittimi sconfinamenti negli spazi di decisione riservati al legislatore ed alla sua responsabilità[23] che tuttavia, da questo punto di vista sovente si è dimostrato non all'altezza del compito e sordo alle sollecitazioni della Corte.

Di conseguenza, essa ha assunto un ruolo di primo piano nella tutela dei diritti fondamentali e nella emersione dei nuovi diritti – con la complicità del legislatore il quale ne ha agevolato con il suo comportamento la «fuga in avanti» che investe l'"an", il "quid" e il "quando" della decisione[24].

Il che, naturalmente, ha finito per indebolire la forza vincolante del diritto e delle regole processuali aprendo così il campo ad una applicazione meno formalistica e ad una gestione più elastica delle stesse[25].

1990; M. D'AMICO, *Parti e processo nella giustizia costituzionale*, Torino, 1991; Id., *Giudizio sulle leggi ed efficacia temporale delle decisioni di incostituzionalità*, Milano, 1993; R. PINARDI, *La Corte, i giudici e il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993; E. CATELANI, *La determinazione della «Questione di legittimità costituzionale» nel giudizio incidentale*, Milano, 1993 ha, in proposito osservato che «la giurisprudenza della Corte assume all'interno del giudizio in via incidentale una posizione di centralità al fine di delineare determinati istituti processuali»; T. GROPPI, *I poteri istruttori della Corte costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Milano, 1997. E. CATELANI, *La determinazione della questione di legittimità costituzionale nel giudizio incidentale*, Milano 1993, p. 338. E. BINDI, M. PERINI, A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*. Atti del Convegno (Siena 8-9 giugno 2007), Torino, 2008; R. BALDUZZI – M. CAVINO- J. LUTHER (a cura di), *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta.* Atti del Seminario (Stresa 12 novembre 2010), Torino, 2011; V. ANGIOLINI, *Il processo costituzionale vent'anni dopo*, ivi, p. 166 ss.; M. D'AMICO – F. BIONDI, *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni»*, Napoli, 2017. G. REPETTO *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017, p. 275.

[22] G. ZAGREBELSKY, *Diritto processuale costituzionale?*, in G. Cattarino (a cura di), *Giudizio "a quo"*, cit.; L. ELIA, *Considerazioni sul tema*, ivi, p. 98. A. PIZZORUSSO, *Uso e abuso del diritto processuale*, in M. Bessone (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino 1996, p. 133.

Più di recente, G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *AIC*, n. 2/2016; R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in Id., (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*,Torino, 2017, p. 10 ss.

[23] G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimita` costituzionale*, Napoli, 2018.

R. BIN, *Chi è responsabile" delle «zone franche»?*, in R. Romboli (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, cit., p. 147 ss. G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulla legge*, Napoli, 2017, spec. pp. 49 ss.

[24] In senso contrario, cfr., V. ONIDA, *Relazione di sintesi*, in G. Cattarino (a cura di), *Giudizio "a quo"*, cit., p. 305. Di recente, sul tema, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *www.federalismi.it* (n.3/2021).

[25] Come evidenziato da R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale"*, Torino, 2017. Id., *Le oscillazioni*

ISSN 2036-7821

Esse, tuttavia, se estremizzate, possono condurre a decisioni in cui le novità processuali - in quanto espressione di un uso scorretto (oltre che in deroga) delle regole e delle categorie processuali mettendone a rischio la stabilità - implicano la negazione dei presupposti (fino al punto di farli venire meno) da cui la Corte trae la propria legittimazione all'esercizio della funzione e allo svolgimento delle corrispondenti attività[26].

Nella maggior parte dei casi si tratta di novità processuali di rilievo in cui, pur avendo la Corte motivato ampiamente la decisione illustrando le ragioni della deroga, tuttavia non di rado sembrerebbe che essa abbia formulato una regola che risulta per lo più ancorata al caso concreto, confinata cioè all'interno di quel giudizio e non invece, come ci sarebbe stato legittimo aspettarsi, la definizione di una regola di più ampia portata ed applicazione che avrebbe potuto giustificare la deroga e, quindi, l'ampliamento della legittimazione e dei poteri esercitabili nel giudizio di legittimità delle leggi[27].

La compresenza delle due anime, giurisdizionale e politica, non ha impedito alla dottrina di scorgere la prevalenza dell'una sull'altra nelle decisioni "derogatorie" della Corte; tale significativo squilibrio, inoltre, pone da sempre il problema di verificare volta per volta la sussistenza delle condizioni che possano giustificare la latitudine dell'intervento nei giudizi di legittimità in via incidentale delle leggi[28] e l'impatto sul processo costituzionale.

Ciò è quanto è emerso in seno al dibattito risalente all'epoca fascista[29] e che via via ha preso corpo e si è sviluppato fino ai giorni nostri, alimentato dall'estrema varietà di giudizi definiti con pronunce di rilevante impatto politico, economico e sociale che sfuggono al controllo della Corte nonostante il ricorso alla modulazione degli effetti temporali delle decisioni[30].

---

della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa, in *AIC*, n. 3/2017, p. 11. R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017.

[26] In senso contrario alla configurabilità del potere dispositivo della Corte, cfr., C. PADULA, *A mo' di premessa: realtà e mito nella creatività procedurale della Corte costituzionale*, in Id. (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale*, Napoli, 2020, pp. 14 ss.

[27] Un esempio in tal senso è rappresentato dall'ipotesi in cui la Corte giunge ad ampliare o a restringere il *thema decidendum* in base ad una lettura meno formale e più elastica del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato) senza che essere accusata di manipolazione discrezionale e/o incorrere nel vizio di ultrapetizione. C. NARDOCCI, *Il diritto al giudice costituzionale*, Napoli, 2020, p. 237 ss.

[28] G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., p. 86.

[29] V. CRISAFULLI, C. ESPOSITO, M.S. GIANNINI, C. LAVAGNA, C. MORTATI, G. VASSALLI, *Dibattito sulla competenza della Corte costituzionale in ordine alle norme anteriori alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 256 ss.

[30] La dottrina aveva evidenziato i vantaggi che potevano derivare dall'utilizzo della tecnica che avrebbe dovuto rafforzare la giustizia costituzionale e, al contempo, assicurare «alle Corti interessate una libertà di manovra che rende in concreto più facile far valere la Costituzione, ridimensionando [dall'altro] il timore delle conseguenze che altrimenti ne potrebbero discendere» (così, L. PALADIN, *Saluto*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno di Trieste 26-28 maggio 1986, Milano, 1988, p. 7. A. LA PERGOLA, *La*

ISSN 2036-7821

Benché, inoltre, l'utilizzo di tale tecnica decisoria sia stata foriera di incertezze sulla natura dell'attività esercitata riverberandosi sul piano dei rapporti con gli altri poteri dello Stato, ciò nonostante la Corte ha continuato a «coniare nuovi moduli (di giudizio e di decisione), superando le regole processuali esistenti, riscrivendo norme sostanziali, modificando l'equilibrio dei poteri»[31].

Di conseguenza ancora oggi ci si continua ad interrogare sulla ragion d'essere della Corte costituzionale dal momento che, come è stato acutamente osservato in dottrina, «nessun istituto e nessuna istituzione «(h)a "automaticamente" o "naturalmente" il diritto di esistere»[32] dovendosi continuamente ricercare la legittimazione per lo svolgimento del ruolo e l'esercizio della funzione che essa incarna, esercita ed interpreta sfruttando le potenzialità degli strumenti processuali di cui dispone.

Il processo costituzionale si è mostrato particolarmente duttile e, quindi, un terreno fertile per la proliferazione delle pronunce "fuori dagli schemi" e, per questo, indubbiamente innovative quanto al contenuto ed agli effetti[33].

Invero, dalla metà degli anni '50 ad oggi la Corte ha trovato diversi *escamotage* per emanciparsi dai limiti angusti della disciplina dettata dalla legge istitutiva della Corte costituzionale n. 87/1953 recante "Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale" in maniera più o meno consapevole e compatibilmente con i mezzi a sua disposizione[34] recependo gli stimoli provenienti

---

giustizia costituzionale nel 1986, in *Foro it.*,1987, V, spec. p.156 ss. F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema, in Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989, p. 24 ss.; R. PINARDI, *La modulazione degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità e la logica del giudizio in via incidentale in una decisione di accoglimento con clausola di irretroattività*, in *www.giurcost.org (20 aprile 2015)*. Di recente, Così V. ONIDA, *Modulazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità o "sospensione" temporanea della norma costituzionale?*, in *Osservatorio AIC*, n.2/2021. F. ZAMMARTINO, *Corte costituzionale e nuovi sviluppi sulla modulazione temporale degli effetti delle sentenze di annullamento*, in *Nuove Autonomie*, n. 2/2021, p. 359 ss.

[31] C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale* ***anche con*** *riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989, p.24 ss.; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014. L. ANTONINI, *Forzatura dei principi versus modulazione temporale degli effetti della sentenza*, in *Forum Quad. cost.* 2015. A. RUGGERI, ***La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi***, in *www.questionegiustizia.it* (27 luglio 2015).

[32] G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale. Ideologia, politica, dibattito dottrinale: un saggio di storia delle istituzioni*, Milano 1981. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *www.federalismi.it* (8 agosto 2007).

[33] Al di là della mera incostituzionalità della legge limitatante anche per il legislatore costretto ad emanare «*un atto che corrisponde come* actus contrarius *alla fattispecie incostituzionale della produzione della norma, cioè con l'annullamento della norma incostituzionale*» **(**H. KELSEN**,** *La giustizia costituzionale*, Milano, 1981, p. 257).

[34] In particolare, il riferimento è al divieto di "ogni valutazione di natura politica" ex art. 28 della legge citata. P. BISCARETTI DI RUFFIA, *I primi due anni di funzionamento della Corte costituzionale italiana*, in *Il Politico*, n. 2, 1958, p. 213 ss. F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, p. 54. E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1999, p. 29 ss.; R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, **in** *Quaderni*

ISSN 2036-7821

dalla società civile e contribuendo all'attualizzazione della Costituzione connotata da stabilità, ma anche da una logica dinamica che si realizza attraverso l'adeguamento dei rapporti tra esigenze ordinamentali astratte e vicende individuali, costantemente in bilico tra tendenze conservatrici e progressiste[35].

In teoria l'istituzione che esercita una funzione dello Stato deve farlo coerentemente alle esigenze dello Stato costituzionale di diritto e di sistema e in funzione del soddisfacimento dei bisogni da cui trae la sua legittimazione per l'esigenza di assicurare il rispetto del principio di supremazia della Costituzione come valore da proteggere e conservare.

Nella pratica, tuttavia, la Corte raramente si è limitata ad un controllo di costituzionalità in senso stretto se ed in quanto l'esercizio della funzione si è rivelato strumentale al perseguimento di un obiettivo ben più ambizioso, ovvero al «soddisfacimento di altre, meno generali e più contingenti, ma forse più pressanti esigenze di sistema»[36].

Di qui i dubbi sempre più insistenti già a partire dagli anni '70 sulla legittimità costituzionale degli interventi manipolativi degli effetti temporali delle decisioni, delle sentenze additive invasive degli spazi riservati al legislatore con aggravio di spese, delle recenti ordinanze a incostituzionalità differita e finanche della stessa Corte costituzionale, non hanno impedito alla Corte di svolgere quel noto e discusso «ruolo di supplenza (nelle questioni "eticamente sensibili" o politicamente difficili, compulsando il legislatore pigro) che non le compete e al quale, tuttavia, non può sottrarsi, pena l'attenuazione delle tutele (se non addirittura il diniego di giustizia), ma che va esercitato con cautela, con preparazione tecnica adeguata e, possibilmente, per un tempo limitato»[37].

Effettivamente, con la complicità del legislatore la Corte ha acquisito una centralità inaspettata nell'architettura costituzionale che è stata percepita come un eccesso di protagonismo che le ha consentito di declinare variamente l'esercizio del potere nei giudizi in via principale o incidentale di norme sospettate d'incostituzionalità.

Specie negli ultimi anni, essa scavalcando il «recinto della legittimazione e della Costituzione» ha peccato di «suprematismo giudiziario»[38] attraverso l'emanazione di

---

costituzionali, n. 4/2019 G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale*, cit., p. 141. M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e Legislatore*, in *Diritto e società*, n. 1/2020, p. 71 ss.

[35] Se ne deduce, quindi che «Essa non ha ingessato le dinamiche sociali nella gabbia di una precostituita idea di bene comune, ma ha posto le premesse per uno sviluppo, mediato dalla legge e sorvegliato dalla Corte costituzionale, nelle diverse direzioni possibili (...)». G. LATTANZI, op. cit.

[36] M. LUCIANI, op. cit. A. PIZZORUSSO, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in Aa. Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale* (Atti del convegno, Trieste, 26-28 maggio 1986), Milano, 1988.

[37] Così, F. PATRONI GRIFFI, *La giurisdizione tra i poteri e la comunità*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[38] A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, **in** *Quad. Cost.*, n. 2/2019, p. 282. C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Napoli, 2014.

ISSN 2036-7821

sentenze «manifesto» in deroga ai principi, alla funzione della Corte e all'assetto costituzionale delle competenze e dei poteri[39]e in violazione della legge che regola l'esercizio della funzione e l'attività dei giudici.

Effettivamente quando sfuma la centralità della legge e si assiste ad un arretramento della Costituzione, il superamento dei limiti dell'ordinamento costituzionale non si giustifica neanche per l'esigenza di assicurare la migliore tutela possibile dei diritti fondamentali nella sede che in ipotesi sarebbe quella più «idonea a far fronte nel modo più adeguato alle complessive esigenze del caso»[40].

E a maggior ragione quando viene meno il riferimento normativo di una legge dichiarata incostituzionale (eventualmente anche differita), si pone il problema di individuare i limiti al sindacato e all'intervento creativo della Corte, sia con riguardo alla modulazione degli effetti delle pronunce, sia quando essa pretende di «impiega(re) con disinvoltura le competenze legislative esclusive dello Stato nel contenzioso con le Regioni»[41].

Al contrario, in qualsiasi prospettiva in cui si trovi ad operare, la Corte non può disinteressarsi delle conseguenze delle sue pronunce sugli assetti costituzionali ed ordinamentali, valutandone previamente la compatibilità e l'impatto della deroga alla regola nel diritto e nel processo costituzionale, restando fedele alla sua natura di organo giurisdizionale e nella qualità di «interprete unico e ultimo di quelle regole» che non possono essere ignorate né eluse e neanche strumentalizzate per esercitare scelte discrezionali di competenza del legislatore[42], onde evitare di «rimettere ad una sfera soltanto politica un pezzo della Costituzione o pezzi di essa o addirittura tutta»[43].

La Corte, invero, si preoccupa per lo più essenzialmente di ampliare gli spazi di intervento e difendere quella libertà di azione che si rinnova con forme ed intensità sempre diverse e che si sostanzia nell'elaborazione della regola valida per il caso

[39] A. RUGGERI, *La "forza" della Costituzione*, in *www.forumcostituzionale.it*.

[40] A. RUGGERI, *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *www.dirittifondamentali.it*, fasc. 1/2021. Id., *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine dell'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *www.giurcost.org.* (20 novembre 2018); R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017,* Aracne, Roma 2019.

[41] M. BIGNAMI, *Introduzione – La Corte costituzionale nel XXI secolo: ritorno al futuro*, in *www.questionegiustizia.it* (n. 4/2021).

[42] F. BIONDI, *Il processo costituzionale*, in *www.questionigiustizia.it* (n.4/2021).

[43] A. RUGGERI, *Alla ricerca dell'identità del "diritto processuale costituzionale"*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009. Il caso più problematico e paradigmatico è rappresentato dalla deroga alla regola processuale della "retroattività" degli effetti della decisione di incostituzionalità per esigenze di finanza pubblica inaugurata dalla sentenza n. 10/2015 più volte richiamata dalla Corte nei successivi giudizi di legittimità delle leggi in via principale e incidentale (rispettivamente nelle sentenze nn.71 e 74 del 2018, n. 246/2019 e n. 152/2020).

ISSN 2036-7821

concreto genera incertezza e instabilità delle regole per il futuro[44] ed è suscettibile di ripercuotersi anche su piano dei rapporti con il potere legislativo.
Allo stato la complessità della relazione tra Corte costituzionale e il legislatore è tale che difficilmente l'organo giurisdizionale si impone un *self-restraint* mostrando deferenza nei confronti del potere legislativo.
Di conseguenza se essa non desiste dal portare avanti una certa linea decisoria ed aumenta progressivamente il rischio di sconfinamenti della Corte, ad essere messa in discussione è la stessa idea di intangibilità del giudicato costituzionale.
Senza disconoscere le peculiarità del giudizio costituzionale, è evidente che la Corte deve esercitare la giurisdizione in condizioni di indipendenza e terzietà[45] ed avendo un margine più o meno ampio di discrezionalità che trapela da ciascuna pronuncia con l'obiettivo di rendere giustizia[46] e non già di obliterare il ruolo e le prerogative del Parlamento sostituendosi ad esso nella tutela di diritti preesistenti e nella creazione di nuovi.
L'attività della Corte, quindi, dovrebbe essere limitata soltanto alla loro ricognizione potendo essa sollecitare un intervento tempestivo e comunque entro un limite ragionevole del legislatore attraverso moniti, pronunce di inammissibilità, differimenti o prospettazioni di incostituzionalità che, se avessero un seguito, vedrebbero aumentare il loro grado di effettività.

3. Definizione del ruolo e delle modalità di intervento della Corte costituzionale: discrezionalità legislativa e limiti all'esercizio del potere giurisdizionale con particolare riferimento al diritto alla salute

L'esame delle pronunce più significative della Corte nella materia dei diritti sociali e, in particolar modo nei giudizi che intercettano il diritto alla salute e la sua tutela, dimostra che la Corte si è ritagliata un ruolo sempre più pregnante e propositivo in funzione interpretativa ed adeguatrice di leggi dichiarate incostituzionali, eventualmente anche modulandone gli effetti. La tendenza al riaccentramento della Corte nel sistema di giustizia costituzionale implica inevitabilmente una rimodulazione dei rapporti con il legislatore, e il cambiamento dell'ordinamento costituzionale e del contesto[47].

---

[44] M. LUCIANI, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia del caso singolo, in www.questionegiustizia.it* (n.4/2021) ha sottolineato che la Corte deve preoccuparsi di assicurare la corretta applicazione della legge e non la giustizia del caso singolo.

[45] Tale circostanza è assorbente anche rispetto alla dedotta politicizzazione della funzione, atteso che, se «*la funzione di un tribunale costituzionale ha un carattere politico assai più marcato di quella degli altri tribunali* **(…)** *ciò non significa che non si tratti di un tribunale, che la sua funzione non sia giurisdizionale e tanto meno che questa funzione non possa essere affidata ad un organo dotato dell'indipendenza giudiziaria*» (*H. KELSEN*, op. cit., pp. 242-243).

[46] G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia costituzionale*, in *www.questionegiustizia.it* (n.4/2021).

[47] L. ELIA, *Intervento*, in P. Pasquino e B. Randazzo (a cura di), *Come decidono le Corti Costituzionali (e altre Corti)*, Milano, 2019, p. 130. R. ROMBOLI, *Relazione introduttiva*, in G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli (a cura di),

ISSN 2036-7821

A ciò si accompagna la costante ricerca della legittimazione da parte dell'organo giudicante e di equilibri precari e mutevoli in base al contesto che la Corte affronta, a seconda dei casi, con attivismo o deferenza nei confronti del legislatore.
Lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale più recente testimonia il protagonismo della Corte nel campo sia della produzione normativa sia nella risoluzione dei conflitti politici e legislativi tra i diversi livelli di governo territoriale[48], confermato dall'emanazione di pronunce inedite[49] con cui essa intende valorizzare ed accrescere il proprio ruolo.
Ciò non senza sottovalutare il rischio che esso possa trasformarsi diventando egemone e tiranno nei confronti delle Corti e del legislatore[50] al punto da snaturare il processo e l'esercizio della funzione dell'organo giurisdizionale che sconfina nell'abuso, a danno dei valori e dei principi costituzionali in assenza di controllo, in particolare, degli effetti nel tempo delle decisioni.
Certamente la Corte ha dimostrato di non voler perdere terreno quanto al "se" e al "come" decidere rispetto ai giudici e nei confronti del legislatore, precisando anche «ciò non esclude che, nell'esaminare il merito della questione sottoposta al suo esame, questa Corte sia a sua volta tenuta a verificare l'esistenza di alternative ermeneutiche, che consentano di interpretare la disposizione impugnata in modo conforme alla Costituzione»[51].
Il percorso inaugurato con il passaggio dalle «rime obbligate» alle «rime possibili»[52] di recente si è arricchito con le novità introdotte dagli artt. 4-ter "Amici curiae" e 14-bis in vigore dall'8 gennaio 2020 con cui si vorrebbe «aprire il giudizio alla dimensione dei fatti, alla società civile e in genere alla complessità, e (…) permettere alla Corte di stare più al centro di tutto questo … (e, quindi, di) assumere un ruolo più incisivo e centrale nei compiti di garanzia della Costituzione (con cui si vorrebbe

Il sistema "accentrato" di costituzionalità, atti del seminario del Gruppo di Pisa, Pisa, 25 ottobre 2019, Torino, 2020, p. 13 ss. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, n. 4/2019.

[48] S. STAIANO, *Vecchi e nuovi strumenti di dominio sull'accesso ai giudizi costituzionali*, in *www.federalismi*, n. 13/2019.

[49] 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 *AIC*, n. 2/2019, p. 644 ss. R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007, p. 149 ss.; M. D'AMICO, *Il "Caso Cappato" e le logiche del processo costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (24 giugno 2019); E. GROSSO, *Il "rinvio a data fissa" nell'ordinanza 207/2018*, in *Quad. cost.*, n. 3/2019. E. FURNO, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *AIC*, n. 1/2020.

[50] Per ulteriori approfondimenti sul tema si rinvia a A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *www.federalismi.it* (n. 12/2021).

[51] Corte cost. 14 dicembre 2017, n. 269.

[52] Corte cost. 5 dicembre 2018, n. 222. L'espressione tra virgolette è di S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, n. 1/2019, p. 183 ss.

ISSN 2036-7821

giustificare) un atteggiamento (...) improntato ad un maggiore e talvolta inappropriato protagonismo»[53].

L'intraprendenza della Corte si ripercuote sui già difficili rapporti istituzionali ed ostacola, altresì, lo sviluppo di ulteriori forme di collaborazione istituzionale in un contesto in cui la proliferazione degli interventi della Corte negli spazi lasciati vuoti dal legislatore alla interpretazione della Corte, alimenta la consapevolezza del ruolo e rafforza la propria legittimazione approfittando della crisi del legislatore e della debolezza della politica. La Corte, tuttavia, attraverso la creazione di nuovi moduli decisori e il superamento delle regole processuali rischia di alterare l'equilibrio istituzionale mettendo in discussione la stessa separazione dei poteri e innescando un meccanismo che può essere contrastato solo a condizione che il legislatore riprenda ad esercitare con decisione e in maniera efficace il proprio ruolo portando a compimento le riforme[54].

Tale interpretazione, dovrebbe fungere al contempo da stimolo per il legislatore e da disincentivo per la Corte, se ed in quando essa è volta ad arginare le tendenze sovraniste o *judicial activism* che diversamente «può slittare sino a un eccesso di immanenza, e un *self-restraint*, che può orientarsi pericolosamente verso un eccesso di trascendenza»[55].

Indubbiamente, a lungo andare, l' "anima politica" della Corte ha preso il sopravvento su quella giurisdizionale, al punto che essa nel rendere giustizia ai cittadini ha dovuto e voluto «mostrare con schiettezza il ruolo delle sue decisioni come fonti integrative dell'ordinamento»[56] a fronte di un approccio inesistente o inconcludente del legislatore nei confronti di questioni e problemi di particolare rilevanza ed impatto politico, etico, filosofico, sociale e culturale da tempo al centro del dibattito e oggetto di contrasti.

Di conseguenza, essa si è dovuta fare carico delle difficoltà del confronto dialettico con il legislatore e di rispettarne il ruolo, mantenendo lo spirito di leale

---

[53] D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020. Id., *La Corte nel contesto*, in *www.questionegiustizia.it* (n. 4/2021) ha individuato tra i possibili effetti di tale evoluzione «l'assunzione da parte della Corte di una significativa *responsabilità istituzionale*, che ha come risultati collaterali l'ulteriore arretramento della posizione del legislatore e l'apertura di un probabile fronte di frizione con la magistratura ordinaria e la Corte di giustizia; l'ulteriore incrinatura della vincolatività del diritto processuale costituzionale».

[54] M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *AIC*, n. 1/2013; Id., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, ivi, n. 3/2012, ha sottolineato l'importanza di mantenere ferma la distinzione tra applicazione e attuazione evidenziando che «la politica ha ancora un suo spazio, ha ancora il compito di identificare tempi e modi della realizzazione del progetto della Costituzione (…)» e l'obbligo di tenere il passo con l'evoluzione della società, interpretando i suoi bisogni, sfruttando le opportunità offerte dalle nuove tecnologie e dei cambiamenti politici, sociali, economici e culturali.

[55] così, G. SILVESTRI, *Del rendere giustizia*, in *www.questionegiustizia* (n. 4/2021).

[56] Idem. M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *AIC*, n. 2/2020. Id., *Intervento*, in AA.VV, *Interventi di terzi e "*amici curiae*" nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre Corti nazionali e sovranazionali* (atti del seminario, Roma, 18 dicembre 2018), Milano, 2020, spec. p. 133 ss.

ISSN 2036-7821

collaborazione istituzionale, specie nelle questioni inerenti ai diritti fondamentali della persona e, in particolare, all'autodeterminazione nelle scelte di salute e alla tutela dei diritti dei disabili[57].

Di recente la Corte ha fatto ricorso al rinvio della trattazione con ordinanza prospettando al legislatore l'incostituzionalità della norma censurata e sollecitandolo a intervenire nelle more per decidere su questioni delicate e cruciali.

Il riferimento è alla ben nota vicenda Cappato/Antoniniani che ripropone il problema del bilanciamento tra libertà della persona di autodeterminarsi e indisponibilità del bene vita e su cui si è pronunciata la Corte costituzionale, sulla scia dell'ordinanza n. 207/2018 definita dal Presidente Lattanzi di "incostituzionalità prospettata", con la sentenza 24 settembre – 22 novembre 2019, n. 242 e, da ultimo con l'ordinanza n. 132/2020[58].

La Corte ha riconosciuto, in alcune ipotesi e a certe condizioni, il diritto al suicidio assistito, altrimenti detto diritto a morire dignitosamente con l'aiuto di un terzo, spingendo il diritto all'autodeterminazione dell'individuo ben oltre quello di rifiutare o interrompere i trattamenti sanitari di cui all'art, 32, co. 2, Cost. e alla legge n. 219/2017 recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento".

Nella specie, con la ordinanza di rimessione 14 febbraio 2018, n. 1 la Corte d'Assise di Milano nel sollevare q.l.c. dell'art. 580 c.p. rubricato "Istigazione o aiuto al suicidio" ha evidenziato le reciproche interconnessioni tra l'autodeterminazione nelle scelte di fine vita di cui alla legge n. 219/2017 e la condotta prevista e punita dalla norma incriminatrice, all'uopo rilevando che "il riconoscimento del diritto di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza, rende ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui la partecipazione al suicidio sia stata di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente".

La Corte costituzionale con l'ordinanza n. 207 del 2018, rinviando la trattazione della questione di circa un anno, ha illustrato le ragioni della incostituzionalità della norma impugnata, riconoscendo al contempo che la regolamentazione delle condizioni e dei modi di esercizio del "diritto a morire" per quanto costituzionalmente necessaria fosse di competenza del legislatore.

---

[57] In generale, specie dal 2015 il principio di autodeterminazione dal 2015 in poi ha ottenuto un notevole riconoscimento da parte della giurisprudenza costituzionale che ne ha esteso l'ambito di applicazione in materia di PMA (legge n. 40/2004), tutela della potestà genitoriale omosessuale e tutela dei diritti in materia previdenziale, manifestando così, un «incremento della sensibilità (...) nei confronti delle virtualità del principio di autodeterminazione, in chiave di ancoraggio dei temi "eticamente sensibili" alla dimensione dell'esperienza soggettiva, con effetti di significativo alleggerimento della conflittualità» (così, A. SCHILLACI, *Corte costituzionale e diritti*, Il Libro dell'anno del diritto 2017, in *www.treccani.it*.).

[58] Spunti di riflessione interessanti si rinvengono in M. MASSA, *Prospettiva storica e concezioni della Costituzione*, in *Quad. cost.*, n. 2/2020.

ISSN 2036-7821

Quindi, ha disapplicato la norma censurata nel giudizio *a quo* e negli altri giudizi assegnando al legislatore un termine congruo per provvedere. Successivamente prendendo atto dell'assenza di regolamentazione, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale differita della disposizione censurata per la ovvia considerazione che l'assenza di una «compiuta disciplina» della materia non osta al ricorso a strumenti processuali innovativi non incompatibili con la legge o con le norme integrative in vigore né a pronunce creative del giudice costituzionale avente ad oggetto «"situazioni inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta ma portate sotto la sua sfera applicativa dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali". In tali casi, l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unico modo per sottrarsi, secondo le proprie scelte individuali, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost.».

Resta inteso, tuttavia, che in mancanza di una previsione di legge il ruolo di supplenza da parte del giudice costituzionale non può spingersi oltre, essendo ad oggi molto acceso il dibattito sulla possibilità di considerare il diritto a morire dignitosamente un diritto inalienabile dell'uomo tale, cioè, da considerarsi «sussiste(nte) prima del riconoscimento del legislatore (e indipendentemente da esso, per quanto) tuttavia sempre auspicabile».[59]

Si vuol dire, cioè, che la supplenza della Corte costituzionale - che nella specie, tra l'altro, non si è sottratta alle critiche di manipolazione del *thema decidendum* e di uso scorretto del potere discrezionale sul *quid* e sul *quando* della decisione dando vita ad un'ipotesi ibrida che non si sostanzia in una deroga alle regole processuali, ma va ad incidere nei rapporti con il legislatore - è una conseguenza necessaria e inevitabile, perché la Corte non può ignorare la domanda di giustizia, a maggior ragione se proveniente da un soggetto fragile o vulnerabile, ma che tuttavia non elide il «necessario coordinamento» con il legislatore che in questo caso si pone in una prospettiva diversa, ma indubbiamente, per certi versi, agevolata dalla lettura e dall'interpretazione della Corte.

Nella specie, essa ha optato per «una *judicial deference* a tempo»[60] minacciando un intervento sostitutivo in caso di prolungata inerzia, non per brama di potere, ma al

[59] Così, V. BRUNETTI, *Obiezione di coscienza. Una nuova sfida del diritto moderno*, in *www.magistraturaindipendente.it*. Di ciò vi è un espresso riconoscimento nella sentenza in commento ove infatti si legge: «I delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in linea di principio, al Parlamento, il compito naturale di questa Corte essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore,_nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei princìpi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti».

[60] G. SILVESTRI, ***op. cit.*** D'altra parte, come acutamente osservato dall'A. ove in alternativa, sussistendone i presupposti «la Corte avesse deciso subito nel senso dell'accoglimento, con un'additiva massiccia, sarebbe stata

ISSN 2036-7821

fine di interpretare al meglio il suo ruolo di custode della Costituzione[61]. Con l'intesa, tuttavia, che il tentativo della Corte di rendere giustizia colmando il vuoto normativo può sempre essere corretto o integrato dal legislatore con una disciplina puntuale ed organica in materia.

Nel qual caso la Corte deve necessariamente fare un passo indietro, arretrando con essa l'eccesso di discrezionalità che diversamente la porterebbe sistematicamente a calarsi in un ruolo che non le compete, prendendo atto dei limiti istituzionali dei suoi interventi con i quali tuttavia essa contribuisce ad inverare la Costituzione nell'ordinamento affermando con tutti i mezzi a sua disposizione il primato della Costituzione e dei suoi principi, in posizione non antagonista né di opposizione con il legislatore.

In quest'ottica, quindi, legittimamente a mio avviso la Corte ha dichiarato inammissibile il referendum sulla depenalizzazione dell'omicidio del consenziente[62] per la considerazione che in seguito all'abrogazione della norma si verrebbe a creare un vuoto legislativo tale per cui «non sarebbe preservata la tutela minima costituzionalmente garantita della vita umana, in generale e con particolare riferimento alle persone deboli e vulnerabili».

In tale circostanza, evidentemente, la Corte ha compreso che «La forza si manifesta pienamente nella debolezza»[63], di conseguenza essa non ha voluto affermare il principio della indisponibilità della vita onde evitare di cadere in contraddizione con i suoi precedenti in materia di scelte di fine vita e diritto all'autodeterminazione del paziente.

Al contrario essa, riconoscendo la estrema delicatezza del tema che va affrontato con la massima attenzione, cautela, e prudenza nella sede più opportuna[64], ha spalancato la porta al dibattito parlamentare. In attesa che si completi l'iter di approvazione della legge sul suicidio assistito, la volontà e l'autodeterminazione del disabile non debbano essere inutilmente mortificate: la decisione sul caso Englaro ha, infatti, aperto la strada alla possibilità di ricostruire nel corso dell'*iter* giudiziale, la volontà

---

accusata di usurpazione della funzione legislativa; se avesse emanato una pronuncia di inammissibilità, sarebbe stata tacciata di astensionismo "pilatesco". Di conseguenza essa «ha imboccato decisamente la strada del minor danno possibile, che equivale, nel contesto dato, alla miglior tutela concretamente praticabile».

[61] Sia consentito rinviare a M. D'ARIENZO, *Scelte di fine vita, tutela della dignità del disabile e diritto all'autodeterminazione dell'esercente la professione sanitaria: considerazioni a margine della legge n. 219/2017 alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019*, in *www.federalismi.it – Oss. dir.san.* (24 giugno 2020).

[62] L'art. 579 c.p. punisce con la reclusione da 6 a 15 anni chi procura la morte di una persona con il suo consenso.

[63] Volendo utilizzare il titolo del lavoro di A. VON BOGDANDY - D. PARIS, *La forza si manifesta pienamente nella debolezza. Una comparazione tra la Corte costituzionale e il Bundesverfassungsgericht*, in *Quad. cost.*, n. 1/2020, p. 9 ss.

[64] Come evidenziato dal Presidente emerito della Corte costituzionale Giovanni Maria Flick il quale si è mostrato preoccupato degli esiti dell'abrogazione della norma incriminatrice evidenziando il rischio che la situazione potrebbe prendere «una china il cui esito non è prevedibile» in assenza dell'intervento del legislatore producendosi delle conseguenze che secondo il Presidente emerito Cesare Mirabelli andrebbero «ben oltre l'eutanasia».

ISSN 2036-7821

del paziente consentendo, quindi, all'amministratore di sostegno, con il consenso dell'equipe medica e le testimonianze dei parenti, di portare a compimento la scelta di interrompere il trattamento salvavita sulla scorta del parere favorevole del Comitato etico (com'è avvenuto di recente nella Regione Marche per il camionista tetraplegico da dieci anni in seguito ad un incidente stradale e in relazione alla vicenda della giovane Samantha d'Incà in coma irreversibile da un anno).

Molto più imprevedibili ed incerti potrebbero essere gli esiti della prospettata illegittimità costituzionale dell'obbligo vaccinale di cui all'art. 4 comma 4 del decreto legge n.44 del 1 aprile 2021, convertito in legge n.76 del 28 maggio 2021 che prevede la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione per i trasgressori sollevata dal TAR Lombardia con l'ordinanza n. 192/2022 del 14 febbraio u.s. e dal TAR Lazio che ha sospeso *medio tempore* l'efficacia dei provvedimenti di sospensione dal lavoro e dallo stipendio dei disposte nei confronti dei militari no-vax prospettando l'illegittimtà costituzionale della norma impositiva dell'obbligo (art. 2 d.l. 26 novembre 2021, n. 172, conv. in legge 21 gennaio 2022, n. 3).

L'estensione dell'obbligo temporaneo (in vigore almeno fino al 15 giugno p.v.) ai lavoratori *over* 50 a partire dal 15 febbraio u.s. e il regime sanzionatorio particolarmente severo anche nei confronti dei datori di lavoro in caso di omesso controllo se, da un lato, è coerente con la strategia del Governo che vanta ad oggi la più alta percentuale di persone vaccinate rispetto agli altri Paesi europei, potrebbe risultare una misura eccessiva e sproporzionata in un momento delicato per il Paese ostacolando la ripresa economica.

La Corte chiamata a scrutinare la legittimità costituzionale della disciplina impositiva di misure apparentemente troppo stringenti non può che procedere alla valutazione del contesto, dei contenuti e delle motivazioni e, com'è ragionevole aspettarsi, mantenere una certa elasticità di giudizio[65].

[65] In applicazione di un principio generale che trova applicazione non solo nel processo civile ed è espressione di un approccio alla disciplina (dell'attività di cognizione e di giudizio della Corte) che sia in grado di coniugare l'efficienza e le garanzie del giudizio (anche) costituzionale al fine di dirimere i conflitti, affrontare e risolvere casi e questioni sempre diversi fornendo una risposta adeguata e reale alla domanda di giustizia. Esso, quindi, come acutamente osservato dalla dottrina processualcivilistica (F. CARNELUTTI, *Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1929, I, p. 56 e F. CIPRIANI, *Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1256) identifica un metodo e non già una soluzione predefinita, ma anzi estremamente flessibile e (a volte eccessivamente o radicalmente) semplificato, come dimostra la estrema varietà delle decisioni che solo formalmente sono riconducibili all'attività creativa del giudice ma, sostanzialmente, si rivelano incompatibili con il sistema delle regole processuali e la predeterminazione per legge della funzione e dei poteri. Il che, naturalmente, non significa che la Corte non goda di un certo margine di discrezionalità che consente di scegliere tra più soluzioni possibili secondo le modalità e nel rispetto delle regole. Di recente, a sostegno della tesi della cogenza delle regole che disciplinano il processo costituzionale riprendendo le fila di un dibattito che va avanti da oltre trent'anni, cfr., R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giur. Cost*., fasc. 3/2019, p. 1897 ss., spec. §§ 3-4.

ISSN 2036-7821

Quindi, nella specie, potrebbe richiedere un aggiornamento anche prima della cessazione dello stato di emergenza (31 marzo p.v.) o con cadenza periodica fino e anche oltre il 15 giugno; o, comunque, ritenere che la misura per quanto sia necessaria a consolidare ora e per il prossimo futuro gli esiti della campagna vaccinale, sicuramente sarà soggetta a rimodulazione nel tempo in base agli sviluppi dell'epidemia.

Nel frattempo nel vigore della disciplina si susseguono i ricorsi e le ordinanze emesse in sede civile e amministrativa con cui i giudici rimettono alla Corte costituzionale la q.l.c. della norma che punisce con la sospensione dall'attività lavorativa e dalla retribuzione il mancato adempimento dell'obbligo vaccinale[66].

Così facendo, la Corte non farebbe che ribadire quanto già a suo tempo la stessa ebbe modo di sottolineare, e cioè il carattere temporaneo dell'obbligo che, infatti, si giustifica soltanto in un determinato contesto di livelli di protezione ritenuti insufficienti in caso di pericolo per la salute pubblica, dovendo la legge prevedere che, in caso di evoluzione positiva, le vaccinazioni siano di norma solo raccomandate, onde evitare che il mantenimento dell'obbligo realizzi una lesione dei diritti e della dignità dell'individuo che si sostanzia in una menomazione della sua condizione a livello personale e sociale, senza idonea giustificazione[67]. Benché, infatti, nella maggior parte dei casi la considerazione delle particolari condizioni personali e sociali del soggetto di regola spingono la Corte ad un maggiore attivismo giurisdizionale, tuttavia, su un terreno in cui prolificano le occasioni di conflitto tra il diritto alla salute collettiva, i diritti e le libertà fondamentali e la dignità della persona in tutti i contesti della sua esistenza, è auspicabile che la Corte assuma un approccio

[66] *Ex multis*, si segnala Trib. Brescia, ord. 22 marzo 2022, ha riconosciuto la natura discriminatoria della norma ritenendo, quindi, non "rilevante e non manifestamente infondate" per contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost. la q.l.c. della disposizione la quale nel prevedere che "per il periodo di sospensione, non sono dovuti la retribuzione né altro compenso o emolumento", produce effetti discriminatori rispetto ai casi di sospensione in seguito a "procedimenti penali e disciplinari per fatti di oggettiva gravità" in cui la legge prevede la corresponsione di un'indennità a sostegno del lavoratore. Sulla stessa scia si colloca la sentenza 17 gennaio 2022, n. 109 che con separata ordinanza ha sollevato q.l.c. dell'art. 4, comma 4 d.l. n. 44/2021 come modificato dal decreto n. 172/2021 (conv. in legge 21 gennaio 2022, n. 3) ritenendo irragionevolmente discriminatoria (rispetto ai lavoratori subordinati o parasubordinati) la immediata sospensione dal lavoro dei medici privati in assenza del necessario contemperamento tra il perseguimento della salute pubblica e l'esercizio della professione sanitaria in sicurezza, con l'interesse del sanitario a svolgere un'attività lavorativa, nonché l'ordinanza del Tribunale di Catania (ord. 14 marzo 2022) sulla mancata erogazione dell'assegno alimentare per il personale sospeso in violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost., e ancora di quella emanata dal C.G.A.R.S. (ord. 22 marzo 2022, n. 351) sul ricorso presentato da un tirocinante del Policlinico di Palermo al quale era stato inibito l'accesso ai locali dell'ateneo nelle more della pubblicazione in G.U. del D.L. "Covid – Riaperture", in attesa che la Corte di Giustizia si pronunci sulla legittimità comunitaria pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Padova sulla compatibilità dell'obbligo vaccinale per il personale sanitario con la normativa europea (ord. 7 dicembre 2021).

[67] M. MASSA, *Discrezionalità, sostenibilità, responsabilità nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali*, in *Quad. cost.*, n. 1/2017, passim.

ISSN 2036-7821

più cauto in segno di deferenza nei confronti del diritto e delle sue regole e nei confronti della politica senza tentare di emanciparsi dalle sue logiche[68].
Ciò non vuol dire automaticamente rinunciare ad entrare nel merito della questione sottoposta al suo esame, ma opportunamente assumere un atteggiamento prudente in una materia ancora fluida e *in progress* i cui sviluppi sono attualmente imprevedibili e, pertanto, non devono essere in alcun modo pregiudicati[69].

4. Egemonia statale e ridefinizione del ruolo delle Regioni in materia sanitaria.
La perdita del senso del limite in conseguenza dell'eccesso di *judicial activism* – contrapposto alla *judicial deference* - che porta al riconoscimento di un ruolo, per così dire, "totalizzante" della Corte è particolarmente evidente sul piano della tutela dei diritti fondamentali e, in particolare, della tutela della salute nei giudizi di legittimità costituzionale delle leggi e sul piano della composizione degli interessi e dei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni.
Essi scontano l'approccio a volte troppo minimalista della Corte nei confronti dei grandi temi della salute pubblica e inaspettato da parte di un organo che al contrario nel tempo ha sempre mostrato una particolare attenzione nei confronti di tematiche complesse in cui sono implicati diversi interessi al chiaro scopo di indurre il legislatore ad attivarsi tempestivamente per non dover sempre faticosamente inseguire i cambiamenti in atto, al fine di garantire l'effettività e la tutela dei diritti fondamentali che costituiscono il presupposto e l'esito del processo deliberativo.
La semplificazione in questo campo in alcuni casi è espressione della tendenza a minimizzare i problemi ignorando o ridimensionando circostanze oggettive ed ineliminabili ai fini della valutazione e del giudizio ivi compreso l'impatto delle decisioni che quindi può sfuggire al controllo della Corte[70].
Essa evidenzia l'incapacità della Corte di contenerne gli effetti dirompenti delle proprie decisioni non solo, com'è evidente, su assetti ormai consolidati e sullo *status*

[68] M. LUCIANI, *L'attivismo, la deferenza e la giustizia*, cit. ha chiarito che «l'attivismo giudiziale di caratterizz(a) per l'impegno a realizzare alcuni obiettivi di progresso sociale, (*in primis* la tutela) dei diritti costituzionali», ed è frutto dell'autointerpretazione (ed autoconvinzione) del giudice che esercita il potere per rendere giustizia al cittadino il quale gli si rivolge proprio a questo scopo. La Corte decide in base al diritto e alla sua coscienza nella consapevolezza che il proprio convincimento trasfuso nella decisione possa essere attaccabile in base ad una diversa interpretazione giuridica, etica, filosofica e morale che spesso non coincidono e di cui si serve la dottrina per vagliare e cassare le decisioni della Corte.

[69] Tendenzialmente, quindi, la Corte dovrebbe evitare di mettere l'ultima parola sulle questioni di salute e a maggior ragione su quelle eticamente sensibili, al fine di assicurare una tutela integrata dei diritti. Cfr., in proposito, M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, n. 3/2019, p. 737 ss.

[70] Da questo punto di vista è auspicabile che in attuazione di quanto previsto dall'art. 4-ter delle «Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale» le formazioni sociali e i soggetti istituzionali coinvolte dalla Corte siano messi effettivamente in grado di offrire l'apporto necessario fornendo «elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità».

ISSN 2036-7821

quo ma anche sugli esiti dei progetti di riforma costituzionale ad oggi in discussione delineando per il futuro un diverso ordine delle competenze che tuttavia il legislatore potrà e dovrà (se lo vorrà) modificare.
La semplificazione, quindi, conduce ad interpretazioni non propriamente conformi a Costituzione, suscettibili di arrecare danno alla istituzione ed alla funzione, alimentando il dibattito sui limiti istituzionali della Corte e sul vizio dell'eccesso di potere giurisdizionale.
E' noto, infatti, che il giudizio di legittimità di una legge statale o regionale, non limita i suoi effetti concreti e reali alla risoluzione dei conflitti di attribuzione tra i diversi livelli di Governo, ma finisce il più delle volte con «l'incidere più o meno profondamente sul diritto sostanziale, sulle questioni di fondo, sulla diversità dei loro poteri e, quindi, (sul) diverso modo di penetrare nella (...) questione di fondo»[71].
In tali circostanze la voce della Corte non può avere un peso determinante, di conseguenza anche gli effetti delle decisioni devono tendere al minimalismo, dovendo anzi la Consulta affrontare le questioni ancora aperte e conflittuali mostrandosi particolarmente «cauta nell'adottare (decisioni che propugnano) tesi di portata generale (partendo da) premesse teoriche ambiziose e impegnative»[72] che deve emergere sia dalla motivazione che dalla decisione che tenga conto del peso e delle implicazioni pratiche della stessa[73]. Essa, quindi, ponendosi in una prospettiva di sistema, quindi, nel momento in cui si confronta con problemi attinenti a materie delicate e cruciali su cui insistono attribuzioni (*rectius*: competenze) regionali non può non considerare la complessità e delicatezza degli equilibri dei soggetti e valutare l'assetto dei poteri e delle competenze su cui la decisione va concretamente ad incidere.
Tuttavia, ad un sommario esame della disciplina dettata dalle recenti riforme di settore ed alla luce della interpretazione giurisprudenziale il ruolo dello Stato è

[71] Il virgolettato è tratto da G. ROEHRSSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, p. 1095.

[72] Cfr., *amplius*, M. MASSA, *Discrezionalità e discrezione del giudice. Verso uno studio del minimalismo nella giustizia costituzionale*, in C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti, C. Mainardis (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, passim; Id., *Corte costituzionale e minimalismo*, in *www.questionegiustizia.it*. (n.4/2021).

[73] L'approccio e la tecnica decisoria non scalfiscono il ruolo della Corte ridimensionando o indebolendone le potenzialità, semplicemente richiamano la giustizia costituzionale alle sue responsabilità evitando che essa possa spingersi troppo oltre, senza essere neanche in grado di prevedere e/o gestire le conseguenze delle sue decisioni, trasformandosi nei fatti in un giudice che opera tendenzialmente senza limiti. L'obiettivo è (o dovrebbe essere) quello di consentire alla Corte di sviluppare un maggiore grado di "relazionalità" tenendo conto dei diversi livelli di complessità delle questioni sottoposte al suo esame e di adattarsi ad essi attraverso il ricorso al minimalismo delle decisioni; e di alleggerire le tensioni tra i poteri dello Stato implicati a diverso titolo nel processo di interpretazione, di concretizzazione e di attuazione dei precetti costituzionali, indirizzando la Corte, tendenzialmente più orientata alla creatività, non alla reticenza, ma alla strategia prudente nelle questioni particolarmente delicate e al *self-restraint* (che non vuol dire non entrare nel merito delle questioni sostanziali, ma fare un uso prudente delle categorie processuali) consentendo alla politica e, quindi al legislatore di uscire dalla crisi e di recuperare terreno mettendo mano alle riforme.

ISSN 2036-7821

predominante rispetto a quello delle Regioni, attraendo il primo anche le competenze delle seconde. Ciò è quanto evidenziato in tempi non sospetti da autorevole dottrina[74] sulla scorta della giurisprudenza costituzionale formatasi in materia di consenso informato considerato un principio generale della materia di competenza esclusiva statale[75], dichiarazioni anticipate di trattamento sanitario (DAT) di volontà di donazione di organi che in quanto «espressive della libertà della cura» rientrano nella materia "ordinamento civile" di competenza esclusiva statale[76]. Su questa scia si collocano la legge n. 219/2017 e la legge n. 24/2017 cd. legge Gelli – Bianco recante la riforma della responsabilità medica (degli esercenti e delle strutture sanitarie) la cui disciplina è stata in gran parte ricondotta dalla Corte costituzionale a materie di competenza esclusiva statale emarginando progressivamente il ruolo delle regioni che rischia di essere fagocitato dal riaccentramento delle competenze depotenziandosi sempre più.

Ciò si verifica in tutte le ipotesi in cui, ad avviso della Corte, la norma scrutinata detta una disciplina che non rientrando propriamente nelle materie di competenza residuale regionale né in quella concorrente soggiace ad una regolazione a livello statale per esigenze di unitarietà della disciplina e ai fini dell'adozione di misure uniformi su tutto il territorio nazionale, pur prevedendosi forme di coinvolgimento regionale tramite intesa raggiunta in Conferenza o attraverso l'attivazione di forme di concertazione e coordinamento in ossequio al principio di leale collaborazione.

In questo solco si colloca anche la sentenza n. 37/2021[77] (preceduta dall'ordinanza 14 gennaio 2021 n. 4) con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della legge valdostana volta ad impedire l'immediata e diretta applicabilità sul territorio delle misure statali di contenimento del Covid-19. Ma così non è stato.

In tale occasione, la Corte ha ribadito che la competenza esclusiva statale in materia di «profilassi internazionale» si impone anche alle Regioni a Statuto speciale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. q), Cost., con la conseguenza che «non vi può essere (…) alcuno spazio di adattamento della normativa statale alla realtà regionale, che non sia stato preventivamente stabilito dalla legislazione statale; unica competente sia a normare la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad allocare la relativa

[74] D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sentenza n. 438/2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4970 ss.; Id., *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in *AIC* n. 1/2018.

[75] Cfr., Corte cost. 23 dicembre 2008, n. 438; 30 luglio 2009, n. 253.

[76] Corte cost. 14 dicembre 2016, n. 262.

[77] Resa nel giudizio di legittimità costituzionale della L.R. Valle D'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 Recante "Misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza".

ISSN 2036-7821

funzione amministrativa, anche in forza, quanto alle autonomie speciali, del perdurante principio del parallelismo»[78].

Così facendo essa, di fatto, quindi, ha finito per comprimere e mortificare i contenuti dell'autonomia regionale costretta ad arretrare di fronte all'esercizio del potere regolamentare correlato alla competenza esclusiva statale[79], nonché il principio di leale collaborazione riconoscendo nello Stato l'unico titolare dell'interesse pubblico da tutelare[80].

Secondo la Corte, infatti, lo Stato è il livello di governo "più adatto" ad assumere l'iniziativa (e la responsabilità) del compimento di azioni e nell'adozione delle misure necessarie a tutelare in maniera uniforme sul territorio la salute dei cittadini preservando il nucleo essenziale del diritto alla salute (come, ad esempio, si è verificato in seguito all'adozione del piano vaccinale nazionale)[81], in un'ottica di prevenzione dei rischi connessi a risposte differenziate e interventi normativi diversamente impattanti sulla salute e sui diritti e le libertà fondamentali.

Nel far ciò la Corte sembrerebbe non aver previamente valutato o, quanto meno sottovalutato l'impatto (anche solo potenziale) della decisione sul progetto di riforma costituzionale omettendo, tra l'altro, di considerare che la sanità da tempo ha assunto un rilievo centrale nell'attuazione della riforma del Titolo V della Costituzione.

Di tale circostanza, invero, la Corte era consapevole da tempo, al punto che già all'indomani della Riforma del 2001 ha sollecitato il legislatore regionale a legiferare in materia senza dover attendere l'iniziativa statale, all'uopo valorizzando l'essenzialità dei LEA, sottolineando il carattere trasversale della tutela della salute e le frontiere mobili delle competenze (statali e regionali).

Inoltre essa, finora è stata piuttosto parca nell'utilizzare i poteri disciplinati dalla legge La Loggia (potere sostitutivo e di sospensione di una legge regionale o statale).

Sorprende, quindi, la scelta operata che ha suscitato dubbi e perplessità nella dottrina la quale infatti ha osservato che «è inutile (e dannoso) pensare (...) di riaccentrare in capo allo Stato l'intera gestione della sanità; vanno riaccentrati la direzione, anche lasciando spazi di sperimentazione regionale, come già succedeva nella legislazione statale degli anni '90, e il controllo; ma anche per la sanità la gestione non può che

[78] Cfr., Corte cost. 27 gennaio 2004, n. 43; 19 luglio 2004, n. 236; 22 luglio 2010, n. 278; 10 febbraio 2014, n. 22; 28 maggio 2019, n. 129; 16 luglio 2019, n. 179; 27 settembre 2019, n. 215.

[79] Alquanto significativamente, la Corte ha ribadito che la competenza esclusiva statale in materia di «profilassi internazionale» si impone anche alle Regioni a Statuto speciale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. q), Cost., con la conseguenza che «non vi può essere (…) alcuno spazio di adattamento della normativa statale alla realtà regionale, che non sia stato preventivamente stabilito dalla legislazione statale; unica competente sia a normare la materia in via legislativa e regolamentare, sia ad allocare la relativa funzione amministrativa, anche in forza, quanto alle autonomie speciali, del perdurante principio del parallelismo» (Cfr., Corte cost. 27 gennaio 2004, n. 43; 19 luglio 2004, n. 236; 22 luglio 2010, n. 278; 10 febbraio 2014, n. 22; 28 maggio 2019, n. 129; 16 luglio 2019, n. 179; 27 settembre 2019, n. 215).

[80] Cfr., Corte cost. 1° febbraio 2006, n. 31.

[81] Cfr. p.to 7 cons. dir. sent. 37/2021.

ISSN 2036-7821

essere vicina ai territori (come dimostra anche la polemica – giusta – contro l'eccesso di ospedalizzazione e l'abbandono di efficienti politiche sanitarie sul territorio)»[82].
La decisione della Corte è quanto meno discutibile anche da altri punti di vista.
Da essa traspare chiaramente una certa ansia di provvedere dettata probabilmente dall'esigenza di inibire le iniziative autonome regionali paventandosi danni gravi ed irreparabili per la garanzia dell'effettività del diritto fondamentale alla salute su tutto il territorio nazionale.
La Corte omette, tuttavia, di considerare che l'attuazione della strategia nazionale non può prescindere dal coinvolgimento delle Regioni attraverso l'attivazione di forme di concertazione e coordinamento nella fase amministrativo-gestionale dell'emergenza sanitaria in ossequio al principio di leale collaborazione.
Ciò è quanto richiede la tutela multiforme e multidimensionale, dal punto di vista etico, culturale ed identitario della salute su cui convergono sia interventi statali che regionali, in quanto obiettivo comune, che si realizza sia attraverso interventi legislativi sia statali che regionali.
Tali considerazioni avrebbero dovuto indurre la Corte a riflettere sulla dimensione effettiva della competenza esclusiva statale e sulla necessità che i limiti alle potestà regionali ora come in futuro siano espressi e, inoltre, a constatare che la dinamicità del bene salute consente di apprezzare l'importanza della sua conservazione, da intendersi anch'essa non in senso statico, bensì dinamico, alla luce dei principi di leale collaborazione, di sussidiarietà ed adeguatezza che appaiono determinanti nella ricerca del difficile ma non impossibile punto di equilibrio tra unitarietà e differenziazione.
A differenza di quanto ritenuto dalla Corte, i contrasti e le fughe in avanti portano a enfatizzare la centralità del principio costituzionale della leale collaborazione - che la Corte degrada e riduce a una questione di mera «opportunità» e indebolisce notevolmente fino al punto di compromettere irrimediabilmente la competenza sanitaria regionale[83] - quale risvolto istituzionale della solidarietà e strumento indispensabile per garantire l'equilibrio tra i livelli di governo, nei rapporti interni che devono essere improntati alla collaborazione ed integrazione reciproca.
Tra l'altro, l'emergenza sanitaria in corso ha fatto emergere l'esigenza di un maggiore coordinamento, coinvolgendo anche l'UE al netto delle azioni già intraprese[84] e degli

[82] B. CARAVITA, *La sentenza della Corte sulla Valle d'Aosta: come un bisturi nel burro delle competenze (legislative) regionali*, in www.*federalismi.it* (21 aprile 2021).
[83] Corte cost. sentenza n. 37/2021 cit., p.ti 9 e 12 cons. dir.
[84] Tra cui si segnala l'approvazione del programma Eu4Health in vigore dal 26 marzo u.s. volto a "rafforzare la resilienza dei sistemi sanitari rendendoli più forti e migliorandone l'accesso e l'uso efficiente delle risorse e promuovere l'innovazione nel settore sanitario" al fine di garantire un livello elevato di protezione della salute umana in tutte le politiche e le attività dell'Unione in linea con l'approccio "One Health". Le proposte di costruzione di una Unione europea della salute, avanzate fin dal novembre 2020 e finalizzate all'implementazione dell'efficacia dell'azione dell'EMA e dell'ECDC, nonché alla predisposizione di un regolamento *ad hoc* per

ISSN 2036-7821

interventi a farsi[85], che potrebbe avere un impatto significativo sul progetto di riforma del SSN in base agli interventi ed agli obiettivi del PNRR[86].
In quest'ottica, e al fine di ridurre i tempi e massimizzare i risultati, lo Stato e le Regioni d'intesa tra loro, in linea con l'impianto generale del PNRR, dovrebbero adottare una strategia più puntuale e dettagliata, specificando le linee guida e le modalità attuative e prevedendo che la ripartizione delle risorse tra le Regioni avvenga, tra l'altro, in considerazione dei *gap* o degli obiettivi attesi da ciascuna di esse rispetto alla singola linea di intervento prevista dal PNRR.
Le Regioni, quindi, di concerto con le aziende sanitarie e con il supporto e il coordinamento da parte del Ministero della salute e dei suoi centri di competenza (Agenas, ISS, AIFA, ecc.) dovrebbero pianificare gli interventi scegliendo, eventualmente, di investire in ambiti politicamente prioritari, a condizione però che garantiscano il raggiungimento degli obiettivi prefissati. Da ciò dipende l'efficacia del PNRR e l'impatto sociale ed economico dello stesso[87].
La crisi sanitaria che affonda le sue radici nella crisi economica, politica e sociale offre lo spunto per mettere mano alle riforme da troppo tempo rinviate o incompiute, costringendo il legislatore a porre fine a una situazione di stallo che ha favorito l'assunzione del ruolo «supplente» o «sussidiario» della Corte costituzionale.
Fermo restando, in ogni caso, che il ruolo e il sindacato della Corte costituzionale giammai avrebbero potuto spingersi fino al punto di legittimare un regime di «temporaneità indefinita (dello Stato di eccezione strumentalizzando i principi e le

---

l'emergenza sanitaria, implicano il mutamento del quadro giuridico di riferimento e, in particolare, la revisione delle competenze sanitarie anche in materia di controllo e di prevenzione e di cura delle malattie, la soppressione delle Agenzie del farmaco istituite in ciascuno Stato membro in favore dell'Agenzia europea.

L'insegnamento più importante tratto dalla pandemia è che essa non può essere affrontata e risolta con azioni individuali rimesse ai singoli stati membri, ma solo dotando l'Ue – che allo stato non ha una competenza specifica in materia di politica sanitaria, benché astrattamente vi possa essere spazio per il riconoscimento di una competenza integrata ai sensi dell'art. 168 TFUE – di competenze e poteri di iniziativa specifici che, anziché intaccare le prerogative degli Stati, ne rafforzerebbero la consapevolezza e le capacità. In questa prospettiva, la Conferenza sul futuro dell'Europa ha aperto un'ampia discussione sulla necessità di maggiore cooperazione tra gli Stati membri al fine di rafforzare i sistemi sanitari europei, di adottare strategie di prevenzione di future pandemie, anche attraverso la creazione di un partenariato globale, e di dotare l'UE di maggiori competenze e poteri di emergenza nel settore della salute pubblica anche mediante una revisione del trattato di Lisbona (Cfr. Conferenza sul futuro dell'Europa, *Relazione intermedia*, agosto 2021, in https://futureu.europa.eu.).

[85] Cfr., Communication on the early lesson fron the Covid-19 pandemic del 15 giugno scorso indirizzata al Parlamento Europeo, al Consiglio d'Europa, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni.

[86] Nonché in base alla previsioni del Bilancio dell'Unione Europea 2021-2027 e dal *Recovery Fund* che punta all'implementazione della collaborazione istituzionale ed al rafforzamento del ruolo e delle competenze regionali, in linea con le previsioni del *Next Generation Eu* per il supporto nel disegno e nell'implementazione delle riforme negli Stati membri.

[87] In senso critico sull'effettività e l'efficacia del coordinamento istituzionale durante la pandemia, cfr., E. BALDINI, *Emergenza sanitaria e personalismo "asimmetrico" nelle politiche regionali*, cit.; Id., *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, ivi, p. 985. L. CUOCOLO, *L'importanza delle autonomie per far fronte al Covid (e alle tendenze accentratrici)*, in *DPCE* online (7 luglio 2020).

ISSN 2036-7821

regole che lo governano ben oltre il) limite temporale che autorizza una deroga al normale assetto del potere»[88] per l'esigenza di fronteggiare la pandemia e altre emergenze globali[89].

5. L'eccesso di potere giurisdizionale come vizio della funzione: considerazioni critiche sulla (presunta) irresponsabilità della Corte costituzionale e sulla insindacabilità della decisione di ultima istanza.

L'esigenza di un'interpretazione evolutiva funzionale alla modifica della normativa vigente adattata alla situazione contingente particolarmente instabile, imprevedibile e mutevole, se ed in quanto correlata ad un "«diritto in movimento» del paziente che necessita di «cure e sostegno sempre più differenziati ed adeguati alle diverse condizioni di salute delle persone (e di) una serie di servizi, (oltre che del)la capacità del singolo di «adattarsi e di autogestirsi» pur in presenza di malattie"[90], quale è appunto il diritto alla salute, ed in cui il fine dell'interesse pubblico da perseguire si fa giorno dopo giorno sempre più pressante e costante, ha favorito l'emersione di «poteri impliciti» volti a «conformare» il ruolo e la funzione della Corte costituzionale[91].

Parallelamente, l'attribuzione di competenze di carattere generale, l'enunciazione degli obiettivi e il carattere indeterminato dei valori da tutelare che richiedono interventi tempestivi ed elastici non sono tali da «configurare delle vere e proprie deleghe in bianco» in violazione del principio di legalità, anche in senso formale, e di tipicità in base al criterio della strumentalità «per obiettivi» e in deroga all'attribuzione delle competenze e dei poteri.

Una diversa interpretazione oltre che illegittima sarebbe insostenibile nel confronto con i principi generali e le regole ricavabili dall'ordinamento, pur in presenza di

---

[88] M. PATRONO, *Sentieri virali. Diritto internazionale e politica globale dopo la pandemia: Homo Sapiens*, Modena, 2021, p. 58.

[89] Sulla crisi della sanità quale che rispecchia la crisi del sovranismo statale inaugurando una nuova stagione delle riforme volte a restituire alla sovranità la sua funzione di «strumento di legittimazione del pluralismo» (R. CHIARELLI, *La Repubblica italiana come governo degli uomini*, Torino, 2005, p. 262), ristabilendo il valore ordinante dei principi (M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 525) e ponendo un freno alle fughe in avanti statali e regionali, ma anche alla degenerazione della creatività della giurisprudenza costituzionale (M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Prefazione alla III ed., Bologna, 1983) per la considerazione che «il fine non giustifica ogni mezzo» (riprendendo il titolo di un recente articolo di F. RESCIGNO, *La gestione del coronavirus e l'impianto costituzionale. Il fine non giustifica ogni mezzo*, in *Osservatorio costituzionale AIC* (19 maggio 2020). Cfr., di recente, S. CASSESE, *Il buon governo*, Milano, 2020. P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma – Bari, 2020. G.D. FALCON, *Dall'emergenza Covid, pensando al futuro del sistema sanitario*, in *Le Regioni*, n. 3/2020, p. 453 ss.; F. ALAGNA, *Emergenza Coronavirus: verso una tutela globale della salute?*, in *Dir. reg.*, n.1/2020.

[90] I. CIOLLI, *La salute come diritto in movimento. Eguaglianza, universalismo ed equità nel sistema sanitario nazionale, oggi*, in *Biolaw Journal – Rivista di Biodiritto*, n. 2/2019, pp. 13-14.

[91] Sulle origini e l'evoluzione della teoria dei poteri impliciti con specifico riferimento ai poteri decisori della Corte costituzionale, cfr., G. PIZZORUSSO, voce *Giustizia costituzionale* (dir. comp.), in *Enc. Dir.* Annali, I, 2007, p. 669 ss.

ISSN 2036-7821

adeguata motivazione che faccia leva sull'esigenza di uniformità ai fini del contenimento del rischio sanitario, in quanto non è possibile fare leva sulla cura degli interessi pubblici per estrarne poteri e competenze identificati esclusivamente per «materia» invadendo il campo del potere legislativo sovrapponendosi alla legge.
Al contrario, in questi casi, l'applicazione più rigorosa dei principi dovrebbe arginare la tendenza allo sconfinamento del potere giurisdizionale.
Ed infatti, quando la Corte svolge una delicata opera di regolamento dei confini se da un lato, tale attività indubbiamente costituisce l'occasione per una disamina degli orientamenti espressi in materia, dall'altro essa può rappresentare un punto di rottura che apre nuovi scenari e prospettive evolutive (anche) in relazione ai limiti della giurisdizione e all'ampliamento della nozione di eccesso di potere giurisdizionale (che costituisce una degenerazione dell'attivismo giurisdizionale) in base ad un'accezione dinamica, funzionale ed evolutiva di giurisdizione suscettibile di «arrecare un *vulnus* all'integrità della sfera delle attribuzioni degli altri poteri, amministrativo e legislativo»[92].
Ciò si verifica ogni qual volta la Corte, in qualità di «interprete ultimo della Costituzione» e facendo leva su un concetto di giurisdizione estremamente «mobile» irrompe in ambiti riservati al legislatore in una realtà complessa e multiforme dominata da equilibri incerti e precari con pronunce "abnormi" o "anomale" capaci di stravolgere radicalmente il quadro normativo di riferimento esercitando di fatto un'attività di produzione normativa che non le compete cui consegue l'esigenza di rimozione.
Il problema ha delle radici piuttosto profonde collocandosi tra la fine degli anni '80 e gli inizi degli anni '90 quando la Corte ha cominciato a liberarsi dell'eccessiva rigidità della giustizia costituzionale, a cominciare dal superamento della "regola" della retroattività della declaratoria di incostituzionalità delle leggi attraverso la modulazione degli effetti delle pronunce[93] a garanzia del bilanciamento e della ragionevolezza della decisione.
Il che se, da un lato, implicava una maggiore consapevolezza del ruolo e responsabilizzazione nell'interpretarlo[94], dall'altro ha fatto emergere prepotentemente l'anima politica della Corte che ha indebitamente e pericolosamente usurpato il potere legislativo disponendo delle regole del processo in deroga ai principi costituzionali[95] o «impiegando con disinvoltura le competenze legislative

[92] *Cass., SS.UU. 17 maggio 2019, n. 13436; 5 aprile 2019, n. 9680; 27 aprile 2018, n. 10265*; 6 marzo 2020, n. 6462.
[93] Cfr., *ex multis*, Corte cost. 9 marzo1988, n. 266; 16 febbraio1989, n. 50; 9 novembre 1992, n. 416.
[94] S. PANUNZIO, *Incostituzionalità «sopravvenuta», incostituzionalità progressiva ed effetti temporali delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit. p. 357.
[95] R. ROMBOLI, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *www.forumcostituzionale.it (6 aprile 2015)*.

ISSN 2036-7821

esclusive dello Stato nel contenzioso con le Regioni»[96] aprendo la strada per il futuro al riconoscimento dell'egemonia statale anche in ambiti diversi dalla salute.
Cresce, quindi, esponenzialmente per il futuro la preoccupazione che il suprematismo giudiziario finisca per offuscare il primato della Costituzione nel sistema delle fonti, facendo venir meno la vincolatività dei principi e il dovere dell'interprete di garantirne l'applicazione.
Il vizio della funzione assume una rilevanza trasversale richiamando l'attenzione sull'esatta individuazione dei confini del controllo di legittimità delle leggi.
Viene, quindi, innanzitutto in rilievo l'art. 111 Cost. a tutela della "riserva legislativa" contrapposta alla cd. "riserva di giurisdizione" come definita dalla Corte che fa espresso divieto al legislatore di «*risolvere, con la forma della legge specifiche controversie e di vanificare gli effetti della pronuncia giurisdizionale divenuta intangibile, violando i principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale e concernenti la tutela dei diritti e degli interessi legittimi*»[97] la cui violazione, com'è noto, può essere fatta valere sia sollevando questione di legittimità costituzionale della legge che leda le prerogative dell'autorità giurisdizionale, sia con ricorso per conflitto di attribuzioni alla Corte costituzionale ex art.134 Cost.[98]
Rispetto a tale previsione emerge in tutta evidenza il nodo problematico, e ad oggi irrisolto, dei rimedi esperibili nei confronti degli sconfinamenti da parte della Corte costituzionale negli ambiti riservati in via esclusiva alla discrezionalità del legislatore.
La Corte per i motivi innanzi esposti ben presto ha abbandonato l'atteggiamento di deferenza nei confronti del legislatore che esprimeva attraverso le pronunce di inammissibilità della q.l.c.[99] rimettendo la questione alla scelta del legislatore per motivi di ordine processuale[100], per assumere un ruolo molto più intraprendente ed innovativo attraverso l'emanazione di una vasta tipologia di decisioni (sentenze di rigetto, interpretative di rigetto, di accoglimento, di accoglimento parziale e, più in generale, delle cd. decisioni manipolative)[101].Tra queste spiccano le sentenze additive

[96] Corte cost. 2 aprile 2009, n. 94; 9 maggio 2013, n. 85; 3 ottobre 2016, n. 214; 30 gennaio 2018, n. 12.
[97] Corte cost. sentenze nn. 94 del 2009 e 85 del 2013, cit. e 18 luglio 2014, n.213.
[98] Di recente sul tema, L. VESPIGNANI, *La legge del conflitto. Riflessioni circa i conflitti di attribuzione su atti legislativi a margine della sentenza della Corte costituzionale n.229 del 2018*, in *AIC*, n. 4/2019.
[99] Nonostante l'ampliamento dei motivi ad opera della stessa Corte, come evidenziato dalla dottrina (cfr., *ex multis*, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in N. Occhiolupo (a cura di), *La Corte costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, p. 84 ss.; A. CERRI, *Inammissibilità «assoluta» ed infondatezza*, in *Giur. Cost*. 1983, p. 1219 ss.; L. CARLASSARRE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Atti del Convegno di Trieste, 26-27-28 maggio 1986, Milano 1988, p. 27 ss.).
[100] A. PIZZORUSSO, *La restituzione degli atti al giudice "a quo" nel processo costituzionale incidentale*, Milano, 1965, p. 3 ss.
[101] Si rinvia ai contributi di P. CALAMANDREI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1956, p.16. V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con*

ISSN 2036-7821

- particolarmente utilizzate dalla Corte per rimediare all'inerzia del legislatore[102] – nonché le decisioni di incostituzionalità differita o sopravvenuta e le cd. sentenze monito (altrimenti definite attendiste o di costituzionalità provvisoria) che contengono un*"invito"* al legislatore affinché questi intervenga a sanare il vizio di costituzionalità ed a modificare la disciplina "sospettata" di incostituzionalità[103].
Di ciò ha preso atto anche il giudice comune richiamando nelle sue pronunce la natura e alle modalità di estrinsecazione del sindacato di costituzionalità espletato dalla Consulta sulla legittimità delle leggi.
Il riferimento è all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13/2017[104] che ha richiamato espressamente la nota sentenza della Corte costituzionale dell'11 febbraio 2015 n. 10 per escludere la portata retroattiva dell'*overulling* interpretativo anche sul versante del diritto sostanziale.
Ritornando alle tecniche decisorie innovative della Corte, indubbiamente quelle che fanno più discutere sono le ordinanze/sentenze monito, le decisioni di incostituzionalità differita[105] e le sentenze di modulazione degli effetti

l'interpretazione giudiziaria, in *Giur. Cost.*, 1956, p. 939. V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale, II, L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1993, p. 46. R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo … anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, relazione a La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive (a cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale), Roma 14-15 giugno 2006, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e "L'interpretazione conforme a"*, in *www.federalismi*, n.16/2007. P. CARNEVALE - C. COLAPIETRO (a cura di), *La giustizia costituzionale fra memoria e prospettive. A cinquant'anni dalla pubblicazione della prima sentenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 89 ss.

[102] In relazione alle quali non si può fare a meno di richiamare C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi contro i comportamenti omissivi del legislatore*, in *Il Foro Italiano*, 1973, p. 153 ss. per la perdurante attualità delle sue opinioni. Sul ruolo del giudice comune rispetto alle pronunce additive della Corte costituzionale tra i contributi più recenti, cfr., F. BOCCHINI, *Il ruolo della giurisdizione nell'attuazione delle sentenze additive di prestazione della corte costituzionale,* in *Nomos. Le attualità nel diritto.*, n.3/2020; G. PARODI, *Il giudice di fronte alle sentenze additive di principio nella prassi recente*, in G. Conte - A. Fusaro - A. Somma - V. Zeno Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno*, Roma, Roma Tre Press, 2018, p. 385 ss..

[103] M.C. GRISOLIA, *Alcune osservazioni sulle "sentenze comandamento" ovvero il "potere monitorio" della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1982, p. 826 ss. R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze di incostituzionalità*, Milano, 1993, p. 53 ss.; A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, perlomeno per ora… (a margine di un comunicato sul caso Cappato*, in *www. giur.cost.org.* (n. 3/2018); 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;* G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *www.giurcost.org* (3 febbraio 2020).

[104] Commentata da E. FOLLIERI, *L'Adunanza Plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto*, in *Urb. app.*, n. 3/2018, p. 395.

[105] Tra cui si segnala la sentenza n. 150 del 2021, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 13 della legge n. 47 del 1948 poiché prevedeva la necessaria applicazione della reclusione da uno a sei anni per il reato di diffamazione commessa a mezzo della stampa, dopo aver deciso, con l'ordinanza 132 del 2020, di rinviare di un anno la decisione delle causa, per dar modo al legislatore di approvare nel frattempo una nuova disciplina della materia, in grado di bilanciare meglio il diritto alla libertà di cronaca e di critica dei giornalisti con la tutela della reputazione individuale. A differenza della sentenza n. 242/2019 e dell'ordinanza n. 207/2008, la Corte costituzionale nella "ordinanza-monito" non ha indicato in maniera analitica la disciplina da

ISSN 2036-7821

dell'annullamento con cui la Corte non si è limitata a circoscrivere l'effetto "retroattivo" della dichiarazione di incostituzionalità, ma ha rinviato la caducazione delle norme incostituzionali ad una data futura, consentendo per un certo lasso temporale l'operatività e l'applicabilità di norme la cui incompatibilità con la Carta costituzionale è stata definitivamente appurata.

Quanto alle prime se, effettivamente, le cd. sentenze monito con cui la Corte dispone sospensione del giudizio *a quo*, dovrebbero rappresentare un potenziale ed efficace strumento di raccordo tra l'esigenza di fornire una tutela effettiva e tempestiva ai diritti tutelati dalla Costituzione e la discrezionalità politica del legislatore106, a maggior ragione nella prospettiva della Corte «è sembrato più inaccettabile che proprio quando vengono in rilievo i diritti fondamentali della persona di fronte alla potestà punitiva dello Stato, la Corte dovesse arrestare il proprio sindacato per mancanza di univoche soluzioni […] (laddove, invece, essa ha sviluppato) una nuova sensibilità in questo ambito (che) ha imposto alla Corte di rinvenire nell'ordinamento soluzioni adeguate a rimuovere la norma lesiva della Costituzione, allo stesso tempo preservando la discrezionalità del legislatore. In tali casi (…) la Corte – che non è mai legislatore positivo e non può quindi creare essa stessa la disposizione mancante – individua nella legislazione vigente una risposta costituzionalmente adeguata, anche se non obbligata, applicabile in via transitoria fintanto che il legislatore non reputi opportuno mettere mano alla riforma legislativa che resta pur sempre nella sua discrezionalità attivare, nell'an, nel quando e nel quomodo»[107].

Se, da un lato indubbiamente, è deprecabile l'inerzia del legislatore protratta oltre l'ordinanza e/o la sentenza monito, tale è anche la surrogazione della Corte costituzionale (sconfinamento o invasione di campo nelle valutazioni di merito) nelle prerogative spettanti al Parlamento così come la posposizione degli effetti della declaratoria di incostituzionalità che conduce a pronunce "abnormi" quanto agli effetti[108].

---

adottare per conseguire un ragionevole e adeguato bilanciamento tra il diritto di cronaca e la tutela della propria reputazione personale, ma si è limitata a suggerire in maniera più generica e meno vincolante talune opzioni ragionevolmente percorribili dal Parlamento nelle more della sospensione del giudizio. In entrambe le ipotesi, tuttavia, la Corte ha evidenziato che il bilanciamento tra i diversi interessi e libertà costituzionali che vengono di volta di volta in rilievo spetta primariamente al legislatore, che è il soggetto più idoneo a disegnare un equilibrato sistema di tutela dei diritti in gioco.

[106] M. PICCHI, *La mancanza di strumenti efficaci di raccordo fra Corte costituzionale e Parlamento. Recenti sviluppi nella giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali che "costano"*, in *www.federalismi.it*, n.15/2020, p. 42 ss.

[107] Cfr., Relazione sull'attività svolta nell'anno 2019 dalla Corte costituzionale reperibile sul sito *www.cortecostituzionale.it*, p. 8 ss.

[108] Corte cost. 27 gennaio 2022, n. 22. Il rischio che ciò si verifichi potrebbe essere scongiurato mediante una maggiore interlocuzione e il rispetto del contraddittorio che serve oltre che ad evitare la declaratoria di inammissibilità, anche a rendere più comprensibili e giustificabili le decisioni della Consulta. Cfr., in proposito, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *AIC*, n. 3/2016, p. 11 ss. ha chiarito che "*la Corte può meglio legittimare le proprie decisioni, all'esterno, se le fonda su dati chiari e ben conosciuti*". L'A., inoltre, ha osservato che "*una prassi di accesso informale alle informazioni disponibili*

ISSN 2036-7821

Ci si intende riferire all'inaccettabile ingerenza nella creazione di una regola che non trova appiglio nella legge e/o nella Costituzione sintomatica del vizio di eccesso di potere giurisdizionale sindacabile sulla scorta di un'analogia sussistente tra la tecnica decisoria adottata dalla Corte costituzionale e quella dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (da ultimo nelle sentenze gemelle nn. 17 e 18 del 2021 ricorribili ai sensi dell'art. 111 Cost.)[109].

Viene, in proposito, in rilevo la recentissima sentenza n. 22 del 2022 con cui la Corte ha rilevato l'inadeguatezza dell'attuale disciplina delle R.E.M.S. sia per la totale estromissione nella gestione e nella sorveglianza dei soggetti custoditi del Ministero della Giustizia e pertanto in spregio dell'art.110 della Costituzione, sia per l'inidoneità delle R.E.M.S., nell'attuale panorama normativo, ad assicurare un trattamento terapeutico risocializzante ai detenuti, privo di aspetti degradanti e discriminatori per la libertà e la dignità di quest'ultimi[110].

La rilevata inadeguatezza della disciplina delle Residenze per l'Esecuzione delle Misure di Sicurezza (R.E.M.S.) è stata accertata dalla Corte costituzionale solo a seguito di una proficua istruttoria con il Ministero della Giustizia e con il Ministero della Salute, nonché dell'acquisizione di una ingente mole di documenti necessari per vagliare l'effettivo status delle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza.

Nella specie, una sentenza di accoglimento, in punto di fatto e di diritto, sarebbe stata agevolmente comprensibile e pienamente giustificata. La Corte, tuttavia, ha dichiarato inammissibile la questione sollevata dall'ordinanza di rimessione, lanciando tuttavia un forte monito al legislatore perché provveda a una complessiva riforma di sistema, di cui ha avuto cura di indicare tratti e finalità essenziali per rimuovere gli attuali punti di frizione con i principi costituzionali.

La decisione si segnala anche per un aspetto innovativo. In primo luogo, l'indicazione dei tratti e delle finalità essenziali della riforma volta ad eliminare le discrasie dell'attuale disciplina delle R.E.MS. con la Costituzione pone, indubbiamente, delle problematiche in ordine ai rapporti tra Corte costituzionale e il

---

presso le pubbliche Amministrazioni, interrotta solo da sporadiche eccezioni non appare soddisfacente…oltre alla prassi, peraltro, dovrebbero mutare anche alcune norme positive, specie in punto di pubblicazione delle ordinanze istruttorie".

[109] L'Adunanza Plenaria ha imposto la disapplicazione delle norme in base alle quali è prevista la proroga delle concessioni demaniali marittime escludendo la retroattività del principio di diritto enunciato così come la Corte ha disapplicato le norme e derogato la regola della retroattività degli effetti delle decisioni. Per una ricostruzione completa delle questioni sottese alle decisioni dell'Adunanza Plenaria si rinvia ai contributi pubblicati nel numero monografico di *Diritto e Società* n. 3/2021.

[110] Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa e delle problematiche sorte con riferimento agli OPG prima e successivamente alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza cfr. S. ROSSI, *Ad occhi chiusi. Il sistema delle Rems di fronte alla Corte costituzionale*, in *Rivista di BioDiritto*, 2021, 4, p. 427 ss. e F. SCHIAFFO, *Pene e misure di sicurezza dopo il «definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari»*, in *Diritto e giustizia minorile*, 2019;

ISSN 2036-7821

Parlamento. Ma è altrettanto vero che in questa occasione la tutela dei diritti appare l'unica reale preoccupazione della Corte costituzionale.

Nella motivazione della sentenza, infatti, si afferma che dall'accoglimento della questione sollevata deriverebbe l'integrale caducazione del sistema delle REMS, che costituisce il risultato di un faticoso ma ineludibile processo di superamento dei vecchi Ospedali Psichiatrici Giudiziari (OPG), con la conseguenza di un intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti[111].

Ma se, in questo caso, la decisione e la motivazione della Corte possono essere condivise, in altri casi la delicatezza e complessità della tematica oggetto del giudizio di costituzionalità, unitamente alla considerazione del livello elevato di discrezionalità legislativa, esige un maggior approfondimento sugli strumenti che, anche *de iure condendo*, si potrebbero utilizzare per mettere in discussione le decisioni della Consulta.

L'attenzione si appunta sul combinato disposto degli artt. 111 e 137, comma 3, Cost. che esclude l'impugnazione delle sentenze della Corte quale giudice di ultima istanza in base alla aprioristica e indimostrata inconfigurabilità del vizio della funzione sotto forma di eccesso di potere giurisdizionale[112], ipotizzando la possibilità

---

[111] Cfr., p.to 6 cons. dir. ove la Corte "*Una eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione censurata per violazione delle riserve di legge poste dall'art. 25, terzo comma, e dall'art. 32 Cost. determinerebbe, d'altra parte, l'integrale caducazione del sistema delle REMS, che costituisce il risultato di un faticoso ma ineludibile processo di superamento dei vecchi OPG; e produrrebbe non solo un intollerabile vuoto di tutela di interessi costituzionalmente rilevanti, ma anche un risultato diametralmente opposto a quello auspicato dal rimettente, che mira invece a rendere più efficiente il sistema esistente, mediante il superamento delle difficoltà che impediscono la tempestiva collocazione degli interessati in una struttura idonea*".

[112] Giova, in proposito, richiamare le considerazioni, oggi ancora attuali espresse dall'onorevole Mario Zotta nel lontano 15 novembre 1947, durante la discussione generale dell'Assemblea Costituente concernente i Titoli della Parte seconda del progetto di Costituzione (Titolo IV «La Magistratura», Titolo VI «Garanzie costituzionali), l'onorevole Mario Zotta ebbe ad affermare quanto segue: "*Il concetto di gerarchia è un'esigenza del nostro spirito, prima che una necessità di sistematica e di ordine e di armonia. Ora esiste una gerarchia delle giurisdizioni, come esiste una gerarchia delle norme giuridiche. Ebbene, in questa necessità di struttura gerarchica la Corte costituzionale, fra i tre ordini giurisdizionali esistenti, costituisce indubbiamente l'apice ed il vertice, perché è il supremo organo di giustizia. Quindi dobbiamo configurare oggi questa Corte costituzionale come la suprema corte regolatrice, perché, se finora si giustificava il fatto che la Corte di cassazione potesse essere considerata la suprema corte regolatrice, in quanto mancava un terzo giudice neutro, oggi, che noi istituiamo la Corte costituzionale, dobbiamo ravvisare in questa il giudice che sia al di fuori e al disopra delle parti in contesa. E tanto è questo ragionamento, che se voi esaminate attentamente le conseguenze che derivano dalla posizione presa nel progetto, vi trovate subito dinanzi ad un assurdo, in quanto nel progetto è stabilito, all'articolo 102, che vi è la possibilità di ricorrere contro le decisioni di tutti gli organi giurisdizionali. Ora, applicando questa disposizione, noi ci troveremo di fronte a questa conseguenza strana, aberrante. La Corte costituzionale è indubbiamente un organo giurisdizionale, perché esaurisce la sua attività nella funzione di giudicare, ed allora in base all'articolo 102 sarebbe ammesso il ricorso in Cassazione contro le decisioni della Corte costituzionale. Poiché all'articolo 102 avete detto che le decisioni degli organi giurisdizionali sono suscettibili di ricorso alla Corte di cassazione, contro le decisioni della Corte costituzionale, stando a questo progetto, voi potete ricorrere alla Cassazione. Il che significa dire che la Cassazione ha la possibilità di riesaminare, di rivedere i pronunciati della Corte costituzionale in materia di costituzionalità delle leggi, sulla soluzione di conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato e fra le varie Regioni, finanche sulle decisioni di responsabilità nei confronti del Presidente della Repubblica e dei Ministri che sono accusati, come dice il progetto, a norma della Costituzione. Se voi volete sfuggire a questa conseguenza, dovete approvare un articolo in cui si stabilisca precisamente una eccezione al principio, e si*

ISSN 2036-7821

di modificare tale ultima disposizione attraverso una legge costituzionale con cui si provveda ad introdurre uno specifico motivo di revocazione della sentenza della Corte per errore di diritto o la sospensione dell'ordinanza monito fino all'emanazione della legge di cui è stata sollecitata l'emanazione[113].
E in effetti, l'art. 139 Cost. impone anche alle leggi di revisione costituzionale il solo rispetto della forma repubblicana, al fine di scongiurare qualsiasi pericolo di una deriva totalitaria nell'esercizio del potere pubblico.
La revisione dell'art. 137 Cost. costituisce, ad oggi, l'unico rimedio all'assenza di qualsiasi strumento di contrasto all'usurpazione da parte della Corte costituzionale della funzione e delle prerogative del legislatore, ma anche, in prospettiva, uno stimolo per l'avvio e lo sviluppo di forme di concertazione ispirate al principio di leale collaborazione istituzionale.
Al contempo, onde evitare inammissibili quanto pericolosi vuoti di tutela forieri di illegittimità ben più gravi di quelle che l'annullamento della legge dichiarata incostituzionale ha rimosso, oltre all'eventuale deresponsabilizzazione del legislatore, si potrebbe stabilire un limite temporale entro il quale la legge deve essere emanata, pena lo scioglimento delle Camere, stante l'incapacità del Parlamento di attivarsi al fine di assicurare l'effettività e la tutela dei diritti fondamentali.

6. Conclusioni.

L'indagine fin qui svolta ha evidenziato i rischi connessi con la lenta quanto inesorabile metamorfosi della Corte e del suo ruolo al netto delle tendenze evolutive in atto. L'analisi della giurisprudenza testimonia in maniera inequivoca quanto essa da circa un decennio a questa parte sia sempre meno orientata a «promuovere ed applicare la Costituzione»[114] ripristinando l'ordine costituzionale e l'effettività dei principi in funzione del riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali in uno

dica che le decisioni di questo organo giurisdizionale, che è la Corte costituzionale, non sono passibili di ricorso per Cassazione".

[113] Valorizzando il presupposto dell'opinione di chi sostiene che *"ogni attività di supplenza svolta nell'esercizio dell'attribuzione di giudice delle leggi costituisce una indebita occupazione di spazio costituzionalmente riservato al potere legislativo"*. Così L. ARCIDIACONO, *Discrezionalità legislativa e giurisprudenza della Corte a confronto in tre recenti decisioni*, in A. Ciancio (a cura di), *Persona e "demos"*, Torino, 2010, p. 9.

Sulla scorta di tale premessa si giunge, altresì, a constatare che l'art. 28 della legge 87 del 1953 rinviene il proprio fondamento costituzionale nell'art. 70 della Costituzione, che unitamente all'art. 75 e all'art.138 Cost. esprime la volontà del legislatore costituente di assegnare assoluta preminenza al Parlamento circa le scelte volte a comporre la dialettica e i dissidi tra maggioranza e minoranza.

[114] A. CELOTTO, *La Corte costituzionale*, Bologna, 2004, spec. p.119.

ISSN 2036-7821

Stato di diritto[115] per trasformarsi in arbitro dei conflitti tra i poteri dello Stato e tra i livelli territoriali di governo.
In passato, anche quando la Corte ha mostrato la sua anima più squisitamente politica e perfino quando essa ha preso il sopravvento su quella giurisdizionale[116], non è mai giunta ad una «diretta politicizzazione della giurisdizione»[117].
Tra gli anni '70 e '80 del secolo scorso la Corte ha assunto un ruolo chiave nella tutela dei diritti, come interlocutore necessario sulle questioni sensibili interfacciandosi con il Parlamento e quale arbitro nei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, implementandosi proporzionalmente anche gli strumenti giudiziari idonei allo scopo (dalle sentenze interpretative di accoglimento e di rigetto, alle sentenze additive di principio fino alle ordinanze o sentenze monito) di pari passo con gli sviluppi del processo di integrazione europea che ha dato avvio al confronto tra le Corti e in considerazione dell'influsso esercitato dalla Corte di Giustizia e dalla CEDU.
Successivamente, però, con l'intensificarsi dei ricorsi per la risoluzione dei conflitti di attribuzione tra lo Stato e le regioni a causa dell'incerta formulazione delle materie di cui all'art. 117 Cost., l'incremento dei giudizi di legittimità in via principale e dei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, la Corte costituzionale ha accantonato il ruolo di giudice dei conflitti finendo per sostituirsi al legislatore in vista del risultato da raggiungere.[118]
Di fatto, quindi, si è verificato che il sindacato della Corte costituzionale sull'estensione delle competenze e dei poteri attribuiti dalla legge e/o dalla Costituzione si è intensificato in violazione della legge e a danno del Parlamento.
Parallelamente, l'evoluzione giurisprudenziale ha rivelato che, specie nelle questioni di salute, il legislatore si è rivelato non all'altezza del compito affidatogli, mostrandosi sovente reticente e, comunque, in difficoltà quando si è trattato di intervenire tempestivamente per disciplinare settori e/o materie caratterizzate da una intrinseca complessità che di recente l'accelerazione del processo di digitalizzazione in sanità ha ulteriormente aggravato. Non di rado, inoltre, la eccessiva frammentarietà e disorganicità delle leggi ne ha condizionato la concreta attuazione.
In tale contesto i conflitti di competenze tra lo Stato e le Regioni hanno favorito l'affermarsi della centralità del diritto giurisprudenziale della Corte costituzionale e delle sue decisioni che, infatti, per la peculiare capacità di incidere sulla realtà, sono dotate di una generale pervasività, tale per cui essa tra tutte le fonti di produzione

[115] F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I, Milano, 1970, XI; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984, p. 411 ss. In giurisprudenza, a titolo meramente esemplificativo, cfr., Corte. cost., 19 dicembre 1968, n. 126 e 3 dicembre 1969, n. 147.
[116] L. ELIA, *Relazione di sintesi*, in N. Occhiocupo, (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978, p. 168.
[117] E. CHELI, *Il giudice delle leggi*, Bologna, 1996, 13. G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 161 ss. Di recente, E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, VII ed., Torino, 2021, p. 298 ss.
[118] E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, op. cit., p. 299.

ISSN 2036-7821

del diritto ha assunto ad oggi un ruolo dominante, perennemente in bilico tra giurisdizione e politica.

Tra l'altro, l'ampliamento del potere discrezionale della Corte amplifica il rischio della imprevedibilità del diritto e della decisione, nell'esercizio di una funzione che era (e resta) giurisdizionale e che probabilmente anche per il futuro sarà caratterizzata da un'impronta marcatamente centralistica e, quindi, progressivamente sempre più riduttiva delle garanzie dell'autonomia regionale portando ad un'indebita emarginazione delle Regioni.

Invero, la Corte «come ogni giudice, non può non considerare gli effetti pratici delle proprie decisioni (sforzandosi di ricercare) spazi giuridici maggiormente aderenti alla realtà»[119] e, pertanto, dovrebbe evitare di incorrere nei rischi di un approccio minimalista nei giudizi in cui vengono in rilievo i diritti fondamentali e la loro tutela.

Ciò a maggior ragione nelle controversie che vertono su materie in cui particolarmente elevata è la conflittualità tra il potere centrale e le autonomie territoriali alimentata dalle difficoltà interpretative del Titolo V, parte II, Cost. sull'assetto delle competenze voluto dal legislatore su cui è intervenuta più volte la Corte nel tentativo di smussare la rigidità e l'eccessivo rigore dell'art. 117 Cost. attraverso la elaborazione di materie (e competenze) trasversali.

Indubbiamente la recente presa di posizione della Corte nella sentenza n. 37/2021 ha reso evidente che l'assetto complessivo del sistema va, senza dubbio, ripensato includendo i suddetti profili e aspetti problematici e rinunciando a ripristinare equilibri che si sono rivelati fin dall'origine precari per non dire inesistenti.

In quest'ottica, come anche evidenziato di recente dalla dottrina, l'attuazione della riforma costituzionale potrebbe concretamente «"ridimensionare" l'azione della Corte costituzionale (a maggior ragione se essa non è in grado di prevedere *ex ante* gli effetti delle sue pronunce da cui tuttavia possono derivare importanti cambiamenti istituzionali), agendo sugli altri elementi del contesto»[120].

Tale constatazione riaccende, altresì, il dibattito sulla modulazione degli effetti temporali delle pronunce della Corte costituzionale nell'esercizio di un potere discrezionale che pure si presta a facili quando pericolose strumentalizzazioni.

Ci si intende riferire al bilanciamento tra principi e regole finalizzato alla sostanziale riscrittura della (regola e, quindi) delle disposizioni di legge, sostituendo le proprie valutazioni a quelle del legislatore, con cui la Corte omette di considerare l'impatto sul sistema costituzionale che non di rado è tale da rendere irragionevole l'interpretazione della Corte palesando «la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi»121.

---

[119] G. LATTANZI, *Frammenti di un novennio (dicembre 2010 - dicembre 2019)*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 4/2020.

[120] D. TEGA, *La Corte nel contesto*, ivi.

[121] Parafrasando A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi*, *www.questionegiustizia.it* (27 luglio 2015).

ISSN 2036-7821

Non di rado il giudizio si conclude con un provvedimento abnorme quanto agli effetti viziato da eccesso di potere giurisdizionale che, infatti, non si configura solo in caso di difetto assoluto o relativo di giurisdizione, ma anche nell'ipotesi di illegittimità dell'esercizio del potere medesimo per sconfinamento dello stesso in ambiti estranei alla competenza della Corte.

Ciò si verifica anche nelle ipotesi in cui nel bilanciamento entrano «principi costituzionali (i quali se ed in quanto) vivono attraverso il diritto giudiziale (…) indeboli(scono) la portata garantista della Carta costituzionale»[122] e in un sistema in cui l'apatia del legislatore ha aperto la strada alla giurisdizionalizzazione dei diritti[123] che si realizza mediante il ricorso a tecniche decisorie dotate dal contenuto normativo.

Il che reca con se un sensibile squilibrio nel rapporto tra il legislatore e il giudice costituzionale a favore di quest'ultimo in conseguenza dell'eccessiva valorizzazione dell'attività valutativa discrezionale della Corte.

Tale situazione potrebbe addirittura indurre taluno a rassegnarsi all'idea di un diritto di matrice esclusivamente giurisprudenziale ammettendo in ipotesi che la legge in realtà non rappresenti altro che un punto di riferimento nella interpretazione della Corte la quale provvede essa stessa a disciplinare la materia rinunciando (e quindi anche a prescindere d)all'intervento del legislatore. La Corte, quindi, potrebbe fare a meno della legge che di conseguenza perderebbe così automaticamente il suo primato di fonte giuridica per eccellenza.

A ben vedere, così configurato, il fenomeno avrebbe delle conseguenze ancora più significative sul sistema normativo nel suo complesso dovendosi ammettere che esso ormai sia entrato in crisi e con esso le sue regole e i suoi principi. In alcuni casi, la infelice formulazione delle norme e la legislazione eccessivamente confusa e tratti incompiuta e/o inconcludente addirittura "autorizza" la Corte a trascurare la cornice normativa quale presupposto dell'interpretazione e del diritto giurisprudenziale.

In ogni caso, le iniziative assunte dalla Corte non mirano certamente a favorire forme di collaborazione attraverso il dialogo, bensì la formazione di percorsi autonomi e totalizzanti.

Di fronte a tale circostanza, in un contesto pur sempre ispirato alla garanzia della legalità e in un quadro costituzionale rivolto alla tutela dei diritti fondamentali incompatibile con l'idea di un potere legislativo e o giurisprudenziale immune da qualsiasi conseguenza sul piano della responsabilità.

---

[122] A. LUCARELLI, *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, in A. Apostoli, - M. Gorlani, (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, pp. 130-131.

[123] Mutuando un'espressione utilizzata di recente da F. ZAMMARTINO, *Annotazioni sul trattamento di fine vita tra incertezze legislative e giurisdizionalizzazione dei diritti*, in *AIC* n. 2/2020.

ISSN 2036-7821

Di conseguenza essi non possono essere esposti all'arbitrio del legislatore e/o della Consulta[124] nell'esercizio del potere discrezionale ad essi riconosciuto, per la necessità di assicurare una tutela piena ai diritti e al loro nucleo essenziale.
Sulla Corte, quindi, deve pesare la responsabilità per le conseguenze del diritto giurisprudenziale, ossia dell'invasione di campo nelle valutazioni discrezionali riservate al legislatore il quale, a sua volta, compulsato dalla Corte costituzionale, non può esimersi dal raccoglierne la sollecitazione ad intervenire su questioni delicate che richiedono il bilanciamento tra principi e valori costituzionali entro un termine ragionevole. In mancanza, infatti, indubbiamente la prolungata e colpevole inerzia del legislatore potrebbe avere delle conseguenze ben più gravi dell'eccesso di potere giurisprudenziale[125].

[124] S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2013, p. 54 ss.

[125] Cfr., in proposito Cass. civ. SS.UU. ord. 24 novembre 2021, n. 36373 ha ammesso l'azione risarcitoria dinanzi al G.O. per attività legislativa illecita anche quando non sia intervenuta la pronuncia di incostituzionalità. Sulla responsabilità del legislatore per i danni arrecati dall'esercizio o dal mancato esercizio del potere legislativo, di recente, cfr., A.G. PIETROSANTI, *Verso una graduale "responsabilizzazione" dello Stato (legislatore)?*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2021, p. 905 ss. Ci si intende riferire alle conseguenze dell'abolizione di gran parte delle restrizioni anticovid a partire dal 1° maggio u.s. che, contrariamente alle aspettative del Governo, potrebbero da un lato allungare, anziché restringere, i tempi necessari per il definitivo superamento dell'emergenza sanitaria e, dall'altro, esporre lo Stato alla responsabilità per i danni più che paventati connessi a delle scelte che hanno già sollevato numerosi dubbi e perplessità in un momento storico in cui i dati e le statistiche suggeriscono di procedere con la massima cautela.

ISSN 2036-7821