

---

# Corte costituzionale e silenzi del legislatore: le criticità di alcuni modelli decisori nel controllo di costituzionalità sulle lacune legislative e il ruolo dei giudici

di *Luisa Cassetti*

---

## Sommario

---

1. Il controllo sulle omissioni del legislatore e l'accesso alla giustizia costituzionale in vista dell'effettività delle Costituzioni moderne. – 2. Dall'autolimitazione all'attivismo della Corte costituzionale nell'evoluzione delle tecniche di manipolazione delle norme ricavabili in via interpretativa. – 3. Quando la lacuna legislativa è “certificata” dalla giurisprudenza di Strasburgo: dalla deferenza verso la discrezionalità del legislatore alle sentenze additive di principio. I ritardi cronici del legislatore e il ruolo “strategico” dei giudici.

### *1. Il controllo sulle omissioni del legislatore e l'accesso alla giustizia costituzionale in vista dell'effettività delle Costituzioni moderne*

Il controllo di costituzionalità sulle omissioni del legislatore è un tema che attraversa le relazioni tra i poteri (Parlamento, giudici comuni e Corti costituzionali) e al contempo si inserisce nel nodo problematico dell'effettività delle garanzie e dei diritti costituzionali.

Tanto nelle democrazie europee del secondo dopoguerra quanto

nelle esperienze latino-americane questo aspetto della giustizia costituzionale è infatti strettamente collegato sia con le dinamiche che attengono alla evoluzione dei rapporti tra poteri, sia con le formule adottate per garantire la piena tutela dei diritti codificati da Costituzioni rigide che hanno lanciato la sfida di porre un nutrito e ambizioso ventaglio di obiettivi di trasformazione sociale<sup>1</sup>. La realizzazione di quegli obiettivi implica l'impegno di tutti i poteri, a partire da quello legislativo, per porre le condizioni volte a garantire l'effettività dei diritti economici e sociali.

Nell'esperienza costituzionale europea, che prende forma negli anni Cinquanta del secolo scorso e guarda al modello kelseniano di garanzia giurisdizionale (e non politica) della rigidità delle Costituzioni, una volta posta e condivisa l'accettazione di un controllo sul Parlamento "sovrano" e quindi la legittimazione di una "legalità costituzionale" sovraordinata alla "legalità ordinaria", appare inevitabile una riflessione sulla estensione del ruolo dei giudici costituzionali nella "creazione" del diritto, soprattutto quando il legislatore è latitante e persiste nel non dare attuazione ai principi e alle garanzie scritte in una Costituzione rigida.

L'altra premessa che deve essere tenuta presente è la contestuale precisazione dei limiti che si impongono al giudice delle leggi a partire dal rispetto delle scelte "discrezionali" del legislatore, principio che dà forma e sostanza all'equilibrio tra i poteri costituzionalmente determinati.

Il silenzio ovvero la "non scelta" o ancora la soluzione parzialmente lacunosa da parte del legislatore non possono essere tollerati allorché da questo atteggiamento derivi la mancata attuazione dei precetti costituzionali costruiti sotto forma di principi concepiti per durare nel tempo e quindi nati per fornire una guida nell'implementazione e attuazione delle norme costituzionali.

---

<sup>1</sup> Il pensiero va in primo luogo alla redazione della Costituzione brasiliana del 1988, ma anche al costituzionalismo più recente dell'area sudamericana quando vengono ri-declinati i principi della democrazia repubblicana, specie nella sfera economica e sociale, della partecipazione popolare e dello sviluppo ancorato al rispetto dei diritti della natura e della biodiversità come è accaduto nel 2008 in Ecuador: su questa esperienza v. il saggio di M. Navas Alvear e A. Barahona Nejer, in questo volume.

Sono proprio la costruzione dei principi-obiettivo che ruotano attorno alla aspirazione di garantire le premesse dello Stato sociale e la necessità di garantire alle stesse l'effettiva implementazione da parte di tutti i poteri soggetti alla "sovranità della Costituzione" le ragioni del complesso percorso che impegna i giudici costituzionali, nel tentativo di rispondere alla domanda di giustizia e di effettività dei diritti e delle garanzie, a ricercare un punto di equilibrio con il limite di "creatività" (del processo interpretativo) da non varcare al fine di non invadere le prerogative del legislatore.

Come è noto, l'inclusione di parametri costituzionali finalizzati a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno godimento non solo dei diritti di libertà classici, ma anche la piena realizzazione dei diritti sociali di prestazione mette a dura prova un sistema di giustizia costituzionale che ha nel suo codice genetico liberale la difesa contro gli arbitri dell'autorità. In nome di questa continua e inevitabile tensione si sviluppano i passaggi giurisprudenziali che vedono protagonisti i giudici costituzionali nella ricerca costante di un equilibrio che possa assicurare il superamento delle lacune legislative che impediscono il pieno sviluppo delle garanzie costituzionali, per ciò che attiene al funzionamento di un organo, di un istituto ovvero all'attivazione della tutela dei diritti<sup>2</sup>.

Questo sforzo interpretativo prescinde dalla esistenza di regole scritte che lo legittimino e prescinde altresì dalle tipologie di controllo di costituzionalità, tanto in Europa quanto negli ordinamenti latino-americani: in realtà, il controllo sulle omissioni legislative si sviluppa sia nei sistemi che hanno introdotto strumenti processuali *ad hoc* (Portogallo, Brasile, Ungheria), sia negli ordinamenti che non hanno previsto alcuna formalizzazione di quelle competenze in capo al giudice delle leggi (Italia, Spagna e Germania)<sup>3</sup>.

L'impegno profuso nella censura delle lacune che inficiano l'effettività della Costituzione prescinde altresì dalle modalità e dalle

---

<sup>2</sup> Cfr. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, p. 408.

<sup>3</sup> Così F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di A. PUGIOTTO-G. BRUNELLI-P. VERONESI, vol. IV, *Dei giudici e della giustizia costituzionale*, Napoli, 2009, p. 1653.

procedure per l'accesso al controllo di costituzionalità delle leggi: il problema del controllo sulle omissioni legislative è stato affrontato sia nei sistemi che contemplano forme di accesso diretto anche dei singoli alla giustizia costituzionale (Germania), sia nei sistemi che, come quello italiano, hanno scelto di non introdurre la via diretta di accesso per i singoli scommettendo piuttosto sul ruolo di filtro dei giudici chiamati a introdurre la questione di costituzionalità nel giudizio in via incidentale. Come è noto, proprio nel giudizio incidentale la Corte costituzionale italiana ha sviluppato e raffinato la ricerca di nuovi modelli interpretativi e decisorii in grado di affermare progressivamente il ruolo "politico" del giudice delle leggi<sup>4</sup>.

È evidente che la natura "mista" del controllo di costituzionalità maturato in Italia, ove il carattere della concretezza del controllo legato al meccanismo dell'incidentalità convive con la generalità e astrattezza del sindacato che può culminare con una pronuncia di incostituzionalità valida *erga omnes*, accentua le responsabilità interpretative dell'unico giudice (controllo accentrato) in grado di eliminare (con effetti generali) dall'ordinamento norme incostituzionali e di colpire nelle norme oggetto del suo controllo le lacune che certificano le inadempienze del legislatore. Alla logica del bi-

---

<sup>4</sup> Il senso della "politicità" del ruolo della Corte nel sistema è stato acutamente ricostruito da C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984 (ristampa Napoli 2014), pp. 113 ss., ove l'A. sottolinea come la dimensione politica del giudice costituzionale sia ben diversa, sia nel metodo che negli obiettivi, da quella del Parlamento. Peraltro, l'intensità di questo tasso di politicità è assai variabile nelle diverse fasi dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in cui si alternano fasi di attivismo con le sentenze-legge a momenti in cui prevale il *self-restraint* delle decisioni di irrilevanza.

Sulle diverse fasi della giurisprudenza costituzionale italiana rispetto al progressivo incremento del ruolo politico che la Corte è venuta acquisendo soprattutto all'indomani dello smaltimento dell'arretrato v. C. TRIPODINA, *Il "potere politico" della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta* (Atti del seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010), Torino, 2011, pp. 1 ss. Per un bilancio sugli equilibri attuali della Corte costituzionale alla luce della giurisprudenza più recente (anni 2014-17), si rinvia alle riflessioni di 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 *Rivista AIC*, n. 3/2017.

lanciamento tra la funzione di garanzia della piena effettività della Costituzione e la discrezionalità del legislatore si ispira la necessità di superare la dicotomia accoglimento/rigetto percepita dal Tribunale costituzionale federale tedesco che ha adottato decisioni di mera incompatibilità (*Unvereinbarkeit*) con le quali, pur riconoscendo l'esistenza di un vizio di incostituzionalità, i giudici costituzionali non fanno scattare l'annullamento della disposizione viziata ovvero è ricorso alle sentenze che non dichiarano l'incostituzionalità in quanto contengono un appello (c.d. *Appellentscheidung*) al legislatore affinché adempia al suo obbligo di fornire una disciplina di attuazione di un principio o di una regola posta dalla Legge fondamentale, prevedendo un termine entro il quale il legislatore dovrà intervenire.

Negli ordinamenti che hanno invece positivizzato la competenza del giudice delle leggi a censurare le omissioni del legislatore il fattore della "durata" nel tempo dell'inerzia legislativa è un parametro essenziale: l'azione consentita dall'art. 283 della Costituzione portoghese del 1976, che attribuisce al Tribunale costituzionale il compito di verificare e accertare l'omissione legislativa<sup>5</sup>, presuppone infatti l'accertamento di un comportamento omissivo protratto nel tempo, tenuto in violazione di un imperativo posto dalla Costituzione, e che irragionevolmente determina la lesione oggettiva di principi e regole costituzionali<sup>6</sup>. Le radici storiche e culturali di questa

---

<sup>5</sup> Artigo 283 (Inconstitucionalidade por omissão).

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

<sup>6</sup> Come sottolinea F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*, cit., p. 1662, citando sul punto la posizione della migliore dottrina costituzionalistica portoghese (J. Miranda e G.J. Gomes Canotilho). V. CRISAFULLI, *Giustizia costituzionale e potere legislativo*, in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di C. Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, pp. 143-144, nel chiedersi se i giudici costituzionali possano colpire le omissioni del legislatore ricorda che anche la mera omissione è sanzionabile imponendo all'organo inadempiente di compiere una determinata attività, ma sotto-

scelta risiedono nello spirito rivoluzionario che accompagna la transizione di quel paese verso la democrazia. Così si spiega la previsione di un “custode” identificato dalla Costituzione del 1976 nel Consiglio della rivoluzione, organo espressione della sovranità e quindi in grado di chiedere al Presidente della repubblica di fissare un termine entro il quale il legislatore doveva attivarsi per garantire piena effettività al precetto costituzionale.

Con la revisione costituzionale del 1982 la Costituzione portoghese ha mantenuto tale istituto ma all'interno di un controllo che diventa giurisdizionale in quanto è affidato al Tribunale costituzionale il compito di valutare e accertare la sussistenza di una omissione del legislatore. Le modifiche apportate con la suddetta revisione a questo tipo di controllo rivelano l'attenzione e il rispetto verso il ruolo del legislatore che in un sistema democratico esprime e dà forma in modo permanente alla volontà sovrana del popolo. L'attivazione del controllo è infatti affidata ad altri organi (Presidente della Repubblica, all'*Ombudsman* portoghese (*Provedor de Justiça*) nonché ai presidenti delle assemblee legislative regionali (quando è in gioco la lesione delle prerogative delle regioni autonome) e l'avvenuto accertamento dell'omissione da parte del Tribunale genera una comunicazione all'organo inadempiente e non v'è traccia della possibilità di imporre un termine per l'adempimento<sup>7</sup>.

---

linea immediatamente dopo la necessità di distinguere le ipotesi in cui un termine non sia stato fissato dalla Costituzione dall'ipotesi in cui il termine vi sia ma sia inutilmente trascorso: anche nella prima ipotesi l'A. sottolinea come non sia possibile protrarre l'inerzia legislativa all'infinito giacché la non attuazione della Costituzione si trasformerebbe in una vera e propria “inadempienza” del legislatore. Sulle soluzioni apprestate dalle Costituzioni l'A. ricorda la scelta della Costituzione della Repubblica socialista federativa jugoslava che all'art. 377 prevedeva la possibilità per la Corte di informare l'Assemblea della repubblica qualora avesse constatato la mancata emanazione di norme applicative della Costituzione ovvero della legislazione federale.

<sup>7</sup> Così F.F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Tomo I, *Los sistemas de justicia constitucional. Las «dissenting opinions»*. *El control de las omisiones legislativas. El control de «comunitariedad»*, Madrid, 2009, p. 825; sulla struttura del controllo sulle omissioni legislative in Portogallo e nei sistemi di giustizia costituzionale europea del secondo dopoguerra, v. il saggio di A.S. Bruno, in questo volume.

Lo strumentario a disposizione dei giudici costituzionali europei, con gli esiti che abbiamo sopra richiamato, e la scelta di caratterizzare la Costituzione come carta dei principi e dei valori che apre a un indefinito ventaglio di opportunità sul versante dei diritti di cittadinanza e delle garanzie dei diritti fondamentali sembrano dunque aver completamente superato l'astrazione di un giudice delle leggi mero "legislatore negativo"; è altresì indubbio lo sforzo dei giudici costituzionali nel valutare i confini della propria azione rispetto alle prerogative del Parlamento.

In tempi più recenti, lo strumentario delle sentenze interpretative/manipolative ovvero sia la ricerca di moduli decisori "atipici" si sono imposti nella prassi degli organi di giustizia costituzionale operanti nell'area latino-americana: per questa via si registra la prassi delle c.d. sentenze "esortative", volte a stimolare l'azione incompleta o la totale inerzia del legislatore, in Colombia, Perù, Chile, Messico e Argentina o ancora decisioni di incostituzionalità differita nel tempo (Colombia)<sup>8</sup>. All'interno di queste premesse interpretative, volte a dilatare il raggio di azione dell'organo del giudice delle leggi, si inserisce la forza "normativa" della decisione con la quale la Corte costituzionale colombiana ha censurato nel 2011 l'assenza di una normativa che garantisse il diritto al matrimonio tra le coppie omosessuali: come è noto, su quella scia si è poi posto il Parlamento che nel 2013 ha dato esecuzione al mandato della Corte adottando una legge in materia<sup>9</sup>.

In questi contesti giuridici le Costituzioni hanno molto scommesso sull'azione dei giudici per trasformare le relazioni sociali e costruire la pienezza della dignità della persona. La centralità della tutela dei diritti sociali e la scrittura di ambiziosi progetti costitu-

---

<sup>8</sup> Come ricorda V. BAZÁN, *Control de las Omisiones Inconstitucionales e Inconvencionales* (Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos), Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 168 e 232 ss. Sull'influenza dei modelli europei di giustizia costituzionale nell'evoluzione storica del costituzionalismo latino-americano si rinvia a F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Tomo III, *La justicia en América Latina y en España*, Madrid, 2009.

<sup>9</sup> Cfr. V. MOLINAR HASSAN-A. BECHARA, *Omisiones legislativas y juez constitucional: una nueva forma de creación del derecho*, in *federalismi.it*, Focus America Latina, n. 1/2016.

zionali di trasformazione sociale mettono in ombra gli equilibri tra poteri ed esaltano il significato e il peso del ricorso diretto al giudice per sanzionare le omissioni del legislatore. In particolare, la “terra promessa” dello Stato sociale per il Brasile, che esce dall’esperienza totalitaria e costruisce la sua Costituzione del 1988 attorno alle garanzie dei diritti di prestazione per rimediare alle profonde e intollerabili diseguaglianze sociali, si fonda chiaramente sulla fiducia nei giudici e sulla loro capacità di rispondere alla “domanda” di giustizia individuale e collettiva attraverso strumenti processuali “forti” in grado di colpire anche le omissioni del legislatore che sono stigmatizzate in quanto minano alla radice il carattere progressista e interventista della carta costituzionale. Nonostante che la fonte di ispirazione per il Brasile sia stato il modello (portoghese) delle regole (scritte) sull’omissione legislativa e che il contesto sociale in cui prende forma la Costituzione brasiliana del 1988 sia assimilabile alla cultura “rivoluzionaria” del 1976, il costituente brasiliano si spinge ben oltre<sup>10</sup>. Non sono solo le omissioni del legislatore ad essere censurabili attraverso il ricorso diretto espressamente previsto dall’art. 103, § 2 Cost. brasiliana<sup>11</sup>, ma quell’ordinamento si preoccupa di verificare e controllare ogni forma di omissione di regole da parte dei pubblici poteri attraverso l’istituto del *mandato da injunção* individuale e collettivo (art. 5, inc. LXXI) la cui attuazione legislativa è peraltro giunta a compimento solo in tempi recenti (aprile 2016)<sup>12</sup>.

Si tratta in verità di un istituto sulla cui natura la dottrina brasiliana si è a lungo interrogata e che consente a persone fisiche e persone giuridiche di richiedere un provvedimento di ingiunzione av-

---

<sup>10</sup> Così F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Tomo I, cit., p. 974.

<sup>11</sup> Ai sensi dell’art. 103, § 2 Cost. Brasile l’azione diretta di incostituzionalità è lo strumento che consente di censurare anche le omissioni di legge o di atto normativo capaci di pregiudicare l’effettività della carta costituzionale: una volta dichiarata da parte del Supremo Tribunale federale incostituzionalità dell’omissione, viene informato il potere competente e se si tratta di un organo dell’amministrazione il termine entro il quale deve provvedere è di trenta giorni.

<sup>12</sup> Sugli strumenti introdotti in quell’ordinamento per implementare la forza precettiva della Costituzione attraverso il controllo sulle omissioni del legislatore v. il saggio di A.R. Tavares, in questo volume.



verso la mancanza (totale o parziale) di “regolamentazione” dalla quale derivi l’impossibilità di esercitare diritti e libertà costituzionali ovvero le prerogative in materia di nazionalità, sovranità e di diritti di cittadinanza. Nonostante le difficoltà, messe in rilievo dalla stessa dottrina, di immaginare un diritto (pubblico soggettivo) all’atto legislativo e le incertezze applicative ovvero il considerevole ritardo nell’implementazione per via legislativa dello strumento del *mandato da injunção* in Brasile<sup>13</sup>, la prospettiva della formalizzazione del controllo sulle omissioni legislative sembra incontrare un diffuso *favor* nei sistemi costituzionali latino-americani. L’esperienza dell’Ecuador è sotto tale profilo emblematica. Il processo costituente maturato in questo paese nel 2007 ha visto la partecipazione di diversi attori sociali ed è stato animato dall’obiettivo di disegnare le premesse di una profonda trasformazione sociale. L’ambiziosa definizione degli obiettivi che si impongono ai pubblici poteri nella realizzazione di uno Stato sociale plurinazionale ha favorito l’adozione di strumenti processuali in grado di controllare che quel disegno trovi adeguata e tempestiva concretizzazione nella legislazione di attuazione e nell’azione di tutti i pubblici poteri<sup>14</sup>.

In Argentina la fiducia nei giudici e nel ruolo della Corte Suprema di giustizia della Nazione, che come è noto opera all’interno di un sistema “diffuso” di controllo sulle leggi di matrice nordamericana, è strettamente legata alla necessità di riportare equilibrio in un sistema fortemente sbilanciato verso l’esecutivo sostanzialmente in mano al Presidente (eletto direttamente dal popolo) che schiaccia le prerogative del Congresso e menoma le competenze costituzionali delle province. In assenza di norme specifiche che disciplinino l’azione per far valere l’incostituzionalità dell’omissione legislativa

---

<sup>13</sup> Problematiche analizzate da F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional. Una visión de derecho comparado*, Tomo I, cit., pp. 1007 ss. ove si ricorda oltre che la perdurante inattuazione dell’istituto del mandato (colmata, come abbiamo appena ricordato, solo nel 2016) anche la scarsa utilizzazione del ricorso diretto per far valere l’incostituzionalità per omissione (nonostante l’esistenza di un’ampia gamma di principi e istituti di garanzia previsti nella Costituzione brasiliana del 1988 rimasti privi di attuazione per via legislativa), a fronte di un ampio e fruttuoso uso dell’azione diretta per far valere l’incostituzionalità delle leggi.

<sup>14</sup> Sul tema v. *amplius* il saggio di M. Navas Alvear e A. Barahona Nejer, in questo volume.

la giurisprudenza della Corte Suprema nazionale argentina ha ammesso la possibilità di censurare l'inerzia del legislatore quando, ad esempio, il ritardo nello svolgimento di un principio costituzionale posto a tutela di una categoria di soggetti "deboli" condannava la norma costituzionale di riferimento alla totale inefficacia<sup>15</sup>.

Il processo di consolidamento del controllo di costituzionalità sulle omissioni del legislatore si nutre altresì del confronto tra i livelli costituzionali "locali" e le scelte federali: l'introduzione del suddetto controllo per via giurisprudenziale da parte della Corte Suprema messicana convive oggi con la dilatazione progressiva della formalizzazione nelle Costituzioni di alcuni stati dello strumento volto a garantire la forza normativa delle suddette Costituzioni e garantire la piena tutela dei diritti<sup>16</sup>.

Per queste ragioni può essere utile e interessante continuare ad approfondire gli esiti di questa ricerca dell'effettività della forza normativa della Costituzione, ricerca che vede impegnati i giudici costituzionali nelle democrazie latino-americane e monitorare al contempo i segnali (ormai conclamati) di debolezza dei parlamenti nell'esperienza europea, al fine di verificare se e in quale misura la fragilità dei circuiti tradizionali della rappresentanza politica possano aprire la strada a forme e procedure di controllo in grado di esaltare ulteriormente il ruolo "politico" dei giudici costituzionali.

In realtà, il tema delle lacune legislative non si esaurisce nella eventuale "forzatura" dei limiti imposti al giudice delle leggi rispetto alle scelte discrezionali che spettano al Parlamento, ma deve essere visto anche nella prospettiva dei giudici comuni e della loro capacità di concretizzare nel caso di specie la migliore tutela dei diritti fondamentali ovvero rendere giustizia nonostante il silenzio del legislatore. L'attitudine dei giudici di essere interpreti e garanti

---

<sup>15</sup> Sugli esiti della giurisprudenza della Corte Suprema della Nazione v. il saggio di V. Bazán, in questo volume; sul ruolo determinate della evoluzione dei modelli decisori adottati dal Tribunale costituzionale peruviano per la configurazione del controllo di costituzionalità sulle diverse tipologie di omissioni del legislatore v. il saggio di C. Landa in questo volume.

<sup>16</sup> V. l'auspicio di un più ampio sforzo di regolamentazione dell'istituto delle omissioni legislative contenuto nel saggio di I.G. Cervantes Bravo, in questo volume.

del dettato costituzionale è parte di un'evoluzione della funzione giurisdizionale nel costituzionalismo moderno nell'Europa continentale in cui emerge la capacità del giudice comune di ricavare dalle norme di principio garanzie dei diritti che prescindono dalla positivizzazione degli stessi in una norma di legge<sup>17</sup>. È evidente che la ricerca da parte del giudice della soluzione in grado di rendere giustizia nel caso singolo può generare difformità e sfumature che il legislatore, recuperando la sua capacità di regolare in modo generale e astratto, può in qualunque momento correggere e ridimensionare in nome del bene supremo della certezza dei rapporti giuridici.

Il rapporto trilatero che si viene a determinare tra giudici comuni, Corte costituzionale e legislatore, in tutto ovvero in parte, silente si materializza in tutta la sua problematicità quando sono i giudici costituzionali a scegliere soluzioni decisorie in grado di ridurre il rischio di invadere gli spazi legislativi nel momento in cui ricavano in via interpretativa una garanzia la cui mancanza giustifica la decisione di incostituzionalità.

Su quali equilibri si attestano le evoluzioni dei percorsi interpretativi fondati sulla manipolazione della declaratoria di incostituzionalità?

Per rispondere a questo interrogativo può essere utile indagare le tendenze attuali del nostro sistema di giustizia costituzionale rispetto allo spostamento della Corte costituzionale sul versante della dimensione "politica" che emerge da una certa disinvoltura nella elaborazione/trasformazione delle tecniche decisorie registrabili nell'odierna stagione del giudizio incidentale sulle leggi. La prospettiva che si vuole assumere come punto di osservazione è quella di una Corte che sempre più spesso in questi ultimi anni si è dovuta confrontare con plurime spinte all'ampliamento delle garanzie per reagire a quelle lacune e omissioni legislative che non solo hanno visto ovviamente in prima linea i giudici comuni, nel tentativo di rendere giustizia nel caso singolo, ma sono state al centro di controversie giudiziarie in ambito internazionale chiuse da sentenze di condanna rese dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

---

<sup>17</sup> Cfr. G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge ... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2018, p. 87.

## 2. *Dall'autolimitazione all'attivismo della Corte costituzionale nell'evoluzione delle tecniche di manipolazione delle norme ricavabili in via interpretativa*

Il tema delle competenze e dei confini del controllo di costituzionalità sulle lacune ovvero sulle omissioni del legislatore attraversa le diverse stagioni della Corte costituzionale.

Sullo sfondo dell'esplicito divieto di ingerenza sulle scelte discrezionali del legislatore imposto dalla legge ordinaria n. 87/1953 (art. 28) e di una Corte che cerca la collaborazione necessaria con i giudici per affermare il suo ruolo di custode della Costituzione sono maturate le tecniche decisorie che si ispirano al massimo *self-restraint*, allorché la Corte chiude le porte del giudizio attraverso l'inammissibilità della questione sollevata dal giudice *a quo* laddove la eventuale risoluzione della *quaestio* coinvolga una scelta impossibile dato che si tratta di "political question".

All'estremo opposto si colloca l'approccio ispirato al massimo attivismo che conduce, attraverso diverse modalità di manipolazione interpretativa del testo di legge, alla affermazione delle sentenze additive. In questo tipo di decisioni la censura di incostituzionalità può colpire la lacuna legislativa ovvero sia l'assenza di una specifica normativa: si tratta in realtà di lacuna/omissione relativa in quanto la disciplina normativa dell'istituto esiste ovvero la garanzia del diritto è presente nell'ordinamento ma la disciplina colpita dalla declaratoria di incostituzionalità è incompleta in quanto ha omesso di normare situazioni meritevoli di pari tutela o garanzia.

In realtà, la consapevolezza di non poter in alcun modo sostituirsi al legislatore si rinviene non solo nello sforzo costante del giudice costituzionale di motivare e chiarire l'appartenenza della "regola mancante" al sistema legislativo per giustificare l'addizione in via interpretativa (alla ricerca costante delle c.d. "rime obbligate"), ma prende poi forma e sostanza nella pluralità di percorsi in cui si articola, già all'inizio degli anni Novanta del secolo scorso, il modello decisorio delle sentenze additive che individuano immediatamente la regola ovvero il meccanismo ovvero in quelle che identificano un principio.

Nelle additive di meccanismo, la lacuna censurata può derivare dalla mancata estensione di un diritto ovvero di una garanzia a ca-

tegorie illegittimamente escluse: la reazione della Corte si è sostanziata nella individuazione del meccanismo da aggiungere per rimuovere l'illegittimo silenzio del legislatore<sup>18</sup>. Rispetto a queste formule decisorie emergerà però ben presto la difficoltà di conciliare l'indicazione della prestazione da garantire alla categoria esclusa con la necessità di non gravare sui vincoli di bilancio ed è per questa ragione che la reazione alla censurata lacuna legislativa prende forma attraverso l'aggiunta di un principio che dovrebbe al contempo fornire la linea da seguire ai giudici, i quali devono decidere nel giudizio pendente dinanzi a loro, e rivolgersi al legislatore, che ovviamente mantiene la discrezionalità per ridefinire i contorni della intera disciplina

È evidente la distanza che separa le additive di prestazione classiche, in cui si circoscrive il significato della disposizione mancante e quindi si individua immediatamente la garanzia "addizionale", dalle additive di principio che, nella difficoltà oggettiva di rinvenire una regola autoapplicativa offrono comunque una soluzione al problema della lacuna normativa indicando ai giudici la linea da seguire, in attesa che il Parlamento si attivi per dettare una disciplina organica della materia. Questo tipo di decisioni sfruttano in realtà l'effetto di annullamento *erga omnes* delle sentenze additive classiche, ma per valutarne l'impatto è importante cogliere la portata del principio formulato dai giudici costituzionali. Il principio dovrebbe infatti essere costruito in modo da fornire non solo una chiara indicazione al legislatore chiamato a intervenire, ma soprattutto dovrebbe indicare gli elementi interpretativi sufficienti per consentire al giudice rimettente e agli altri giudici di decidere<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Un esempio di questo trend giurisprudenziale è offerto dall'illegittimità costituzionale della norma che non prevedeva il meccanismo di perequazione in tema di indennità di buonuscita degli impiegati statali (Corte cost., sent. n. 243/1993): in questo caso, in attesa che la normativa fosse sviluppata e perfezionata attraverso il "seguito legislativo", la Corte è stata in grado di fornire un criterio immediatamente applicabile da parte dei giudici.

<sup>19</sup> Su questa evoluzione v., C. SALAZAR, «Guerra» e «pace» nel rapporto Corte-Parlamento: Riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali del legislatore», in A. RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, pp. 252 ss. e ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

Nella giurisprudenza più recente è possibile rinvenire casi in cui l'additiva di principio ha generato notevoli problemi giacché nella sostanza non ha prospettato alcun tipo di soluzione interpretativa per i giudici, limitandosi a censurare in modo chiaro l'illegittimo silenzio del legislatore.

I casi in questione coinvolgono peraltro tematiche rispetto alle quali la sensibilità "politica" del giudice delle leggi rispetto alla necessità di censurare le omissioni, totali o parziali, del legislatore è stata senz'altro condizionata dalla evoluzione della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, al di là dello spazio limitato che a quei precedenti viene in concreto riservato a vantaggio di un'argomentazione che sovente sembra valorizzare piuttosto l'"autosufficienza" dei principi supremi e delle garanzie costituzionali.

### *3. Quando la lacuna legislativa è "certificata" dalla giurisprudenza di Strasburgo: dalla deferenza verso la discrezionalità del legislatore alle sentenze additive di principio. I ritardi cronici del legislatore e il ruolo "strategico" dei giudici*

In questo ambito le sollecitazioni provenienti dalle condanne di Strasburgo che mettono all'indice l'assenza di una disciplina normativa dalla quale si fa discendere l'accertamento della violazione di un diritto umano tutelato dalla Convenzione europea del 1950 hanno indotto il giudice delle leggi ad adottare soluzioni decisorie assai differenti.

Si va infatti dalla massima deferenza verso le scelte discrezionali del legislatore fino a forme di maggiore attivismo che vanno dalla decisione additiva che contiene un principio fino alla decisione di incostituzionalità che è rivolta direttamente all'omissione del legislatore.

Sul fronte della rigorosa prudenza si colloca la nota vicenda dell'uso a fini di sperimentazione e di ricerca scientifica dell'embrione fecondato e crioconservato divenuto, per diverse ragioni, inutilizzabile per la pratica di procreazione medicalmente assistita. La Corte costituzionale nel 2016 ha respinto al mittente la richiesta di pronun-