

## LA SENTENZA N. 132 DEL 2024: LA CORTE COSTITUZIONALE SPERIMENTA NUOVE TECNICHE DECISORIE

di Francesco Saverio Marini (\*)

*Abstract:* Con la sentenza n. 132/2024 la Corte ha respinto le censure di illegittimità costituzionale sollevate nei confronti della legge che ha transitoriamente limitato la responsabilità amministrativa del funzionario pubblico davanti alla Corte dei conti. Il presente contributo avvia una riflessione sulla portata innovativa della tecnica decisoria utilizzata dalla Consulta nella pronuncia in esame, la quale, svolgendo il proprio vaglio di costituzionalità sulla normativa transitoria, non si è fermata ad una ricostruzione teorica degli istituti ma ha realizzato un'elencazione di misure "consigliate". Il tema si presenta di grande attualità, tanto più che la maggior parte di questi suggerimenti del giudice costituzionale sono già oggetto dell'attenzione del Parlamento.

*Through the ruling n. 132/2024 the Court rejected the constitutional illegitimacy of the law which had temporarily limited the administrative liability of public servants before the Court of auditors. This essay deals with the innovative scope of the decision-making technique used by the Constitutional Court in this paper. This technique not only provided a theoretical reconstruction of the institutions but also suggested a number of actions. This topic is extremely important; as a matter of fact, it has to be noted that these actions have been largely brought to the attention of the Parliament.*

**Sommario:** 1. *La sentenza n. 132/2024: l'infondatezza della questione.* – 2. *Il monito al legislatore e le misure "consigliate".* – 3. *La corrispondenza tra la sentenza e alcune recenti proposte normative e, specificamente, il "d.d.l. Foti".* – 4. *Una nuova tecnica decisoria.* – 5. *L'obiettivo di prevenire l'illegittimità costituzionale.*

### 1. *La sentenza n. 132/2024: l'infondatezza della questione*

Con la sentenza n. 132/2024 la Corte costituzionale viene chiamata a decidere, da parte della sezione giurisdizionale per la Regione Campania della Corte dei conti, sulla legittimità costituzionale dell'art. 21, c. 2, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, come convertito dalla legge di conversione. Previsione che originariamente aveva circoscritto, salve le condotte omissive, la responsabilità erariale al solo dolo per i fatti posti in essere fino al 31 dicembre 2021 e il cui termine è stato prorogato più volte e la cui scadenza è ora fissata al 30 dicembre 2024. Si trattava di una questione più volte discussa in dottrina, ravvisandovi in essa un'eccessiva compressione dei poteri del giudice contabile. Non a caso nell'ordinanza di remissione il giudice *a quo* aveva ipotizzato una molteplicità di dubbi di costituzionalità in relazione ad altrettanto numerosi parametri normativi: gli artt. 28, 81, 97 e 103, in quanto il sistema della responsabilità nel nostro ordinamento si baserebbe sul binomio colpa e dolo e la disposizione apparirebbe irragionevole e sproporzionata; nonché l'art. 3, in quanto la disposizione risulterebbe troppo ampia e creerebbe un'evidente discriminazione tra coloro che hanno obblighi di controllo e vigilanza, che potrebbero essere perseguiti per omissione, e coloro che hanno la gestione attiva, che invece rimarrebbero esenti da responsabilità per colpa.

Tra i molteplici profili di interesse della sentenza n. 132/2024 della Corte costituzionale (1), merita di essere segnalata, oltre al dispositivo e all'interessantissima ricostruzione sull'evoluzione sistemica relativa all'amministrazione pubblica, l'innovatività della tecnica decisoria utilizzata. La Corte, infatti, non si limita a valutare l'accoglimento della questione di costituzionalità per come prospettata dal giudice remittente, ma ipotizza una serie di misure alternative alla normativa oggetto del giudizio. Scelta che appare tutt'altro che una "voce dal sen fuggita", atteso che il giudice costituzionale poteva, agevolmente, limitarsi ad escludere la fondatezza della questione facendo solo leva sul carattere transitorio della disciplina senza sbilanciarsi sulla legittimità costituzionale di un'eventuale previsione a regime.

Nella sentenza la motivazione muove, invece, come accennato, da un'ampia ricostruzione delle linee evolutive della disciplina sulla pubblica amministrazione, dove si evidenzia come la misura rappresenti una componente di un più ampio processo riformatore. Un processo che ha preso avvio dalla legge sul procedimento amministrativo, la n.

---

(\*) F.S. Marini è prorettore per gli Affari giuridici e professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico dell'Università degli studi di Roma "Tor Vergata".

(1) Tra i primi commenti alla decisione, si segnalano: R. Chieppa, *Responsabilità amministrativa: legittimità del regime temporaneo di limitazione e criteri per il futuro (e necessario) intervento del legislatore*, in *Ius amministrativo*, 31 luglio 2024; F. Cintioli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in <www.federalismi.it>, 7 agosto 2024; V. Tenore, *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole, e più non dimandare: lo "scudo erariale" è legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare "la fatica dell'amministrare", che rende legittimo anche l'adottando progetto di legge. Foti C.1621, Nota a Corte cost. n. 132/2024*, in questo fascicolo, 195; A. Indelicato, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa: dalla provvisoria legittimità costituzionale dello scudo erariale alle possibili riforme della Corte dei conti*, in <www.judicium.it>, 4 settembre 2024.

241/1990, e dalla valorizzazione dei criteri di economicità ed efficacia, e che ha prodotto una trasformazione del modello di amministrazione pubblica: da un apparato di mera esecuzione della legge, secondo lo schema dello Stato liberale di diritto, ad un'amministrazione di risultato (2). Un'attività che viene connotata solo in termini finalistici e di obiettivi da raggiungere e che si caratterizza per un'ampia discrezionalità nella ponderazione dei molteplici interessi pubblici e privati coinvolti dalla decisione amministrativa.

Sempre nel quadro di questa ricostruzione generale la Corte si è anche soffermata sui molteplici fattori che hanno contribuito a rendere complessa e difficoltosa l'attività amministrativa: ci si riferisce ai tagli alle risorse umane e finanziarie delle amministrazioni; al sistema normativo "multilivello in cui operano fonti di provenienza diversa (eurounitaria, statale, regionale e locale), spesso tra loro non coordinate", che rendono problematica l'attività interpretativa; alla proiezione, infine, di dinamiche sociali e istituzionali sui procedimenti amministrativi che espongono in modo sempre crescente alla contestazione la ponderazione degli interessi da parte della pubblica amministrazione. Un insieme di fattori che, sempre ad avviso della Corte, hanno accentuato "la fatica dell'amministrare" e hanno stimolato la burocrazia difensiva.

Ovviamente queste considerazioni hanno e non possono non avere un riflesso immediato e diretto sulla disciplina della responsabilità erariale, rispetto alla quale il legislatore è chiamato a realizzare un virtuoso equilibrio tra i pericoli dell'*overdeterrence* e dell'*underdeterrence* e, conseguentemente, "nella ripartizione del rischio dell'attività tra l'amministrazione e l'agente pubblico, con l'obiettivo di rendere la responsabilità ragione di stimolo e non disincentivo all'azione".

Muovendo da queste premesse teoriche, per la Corte è stato agevole ricordare la propria giurisprudenza nella quale era già stato riconosciuto al legislatore la libertà di determinare e graduare, con il limite della ragionevolezza, i tipi e i limiti delle responsabilità "che, in relazione alle varie categorie di dipendenti pubblici o alle particolari situazioni regolate, appaiano le forme più idonee a garantire l'attuazione dei principi costituzionali". E coerentemente nella sentenza in commento si è ritenuta non irragionevole una disciplina provvisoria, come quella oggetto della questione di costituzionalità, che limiti al dolo l'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, avuto riguardo ad un contesto particolare, quale è l'attuazione del Pnrr. Un contesto che richiede "tale limitazione al fine di assicurare la maggiore efficacia dell'attività amministrativa".

## 2. Il monito al legislatore e le misure "consigliate"

Nondimeno la Corte avverte l'esigenza di introdurre un monito al legislatore al fine di intervenire con una disciplina a regime che superi la fase transitoria. Se infatti uno tra i principali argomenti utilizzati dalla Corte per escludere la fondatezza della questione di costituzionalità risiede proprio nella provvisorietà della disciplina, le premesse teoriche sviluppate nella sentenza inducono il giudice costituzionale a sollecitare un intervento normativo che realizzi, nel mutato quadro normativo e sociale, un nuovo equilibrio permanente nel regime delle responsabilità.

In questa sollecitazione della Corte si può già ravvisare un primo elemento di discontinuità rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale, che rispetto a discipline eccezionali, provvisorie o transitorie, più volte reiterate, ha spesso fatto leva – nel dichiarare la legittimità costituzionale della normativa transitoria o nel preservarne almeno parzialmente gli effetti – sul carattere temporaneo e straordinario dell'intervento, sollecitando il legislatore a non estendere nel tempo le misure o ad introdurre una disciplina che consolidasse le misure oggetto del giudizio di costituzionalità (3). Nel caso di specie, invece, il giudice costituzionale ha rilevato la necessità opposta di un intervento del legislatore che tenga conto delle esigenze soddisfatte in via eccezionale e provvisoria dalla normativa sottoposta al suo esame. Per la Corte, infatti, "in assenza di simili interventi, il fenomeno della burocrazia difensiva, dopo la scadenza del regime provvisorio oggetto della disposizione censurata, sarebbe destinato a riespandersi e la percezione da parte dell'agente pubblico di un eccesso di deterrenza tornerebbe a rallentare l'azione amministrativa". Con la conseguenza che in mancanza di un tempestivo intervento del legislatore "sarebbero pregiudicati, oltre al principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione, anche altri rilevanti interessi costituzionali".

La Corte, tuttavia, non si è fermata ad un ampio inquadramento sistematico e ad un'estesa ricostruzione teorica dell'evoluzione della disciplina dell'amministrazione pubblica e della relativa responsabilità erariale, né – diversa-

(2) Sulla centralità del risultato nella disciplina dell'azione amministrativa, per citare soltanto alcuni tra i contributi maggiormente significativi: L. Iannotta, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in C. Pinelli (a cura di), *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento. Atti del Convegno Macerata 21-22 maggio 1999*, Milano, Giuffrè, 2000, 38 ss.; A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovine, 2001, 813 ss.; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, 2002, 127 ss.; R. Ferrara, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla "libertà dell'amministrazione"*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss.; A. Police, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2004, 101 ss.

(3) Secondo lo schema delle sentenze c.d. di "costituzionalità provvisoria", su cui cfr., *ex multis*, A. Cervati, *Tipi di sentenze e tipi di motivazioni nel giudizio incidentale di costituzionalità delle leggi*, in Aa.Vv., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del Convegno (Trieste, 26-28 maggio 1986)*, Milano, Giuffrè, 1988, 142, ss.; A. Pisaneschi, *Le sentenze di "costituzionalità provvisoria" e di "incostituzionalità non dichiarata": la transitorietà nel giudizio costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, 601 ss.; R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, Giuffrè, 1993, 53 ss.

mente da quanto accaduto in passato – ha ritenuto di limitarsi ad un monito nei confronti del legislatore, sollecitandolo ad un superamento della disciplina transitoria. Nei paragrafi 11 e 11.1 della motivazione, il giudice costituzionale si è spinto, infatti, ad elencare una serie di potenziali misure, tratte – come ha modo di specificare la sentenza – dalle “numerose analisi scientifiche della materia” (4). Ad esse il legislatore, senza ricorrere ad una radicale limitazione al dolo, potrà attingere, “nell’esercizio della discrezionalità che ad esso compete”, “anche modulandole congiuntamente, e considerando profili diversi da quello dell’elemento psicologico, in modo da rendere più equa la ripartizione del rischio di danno, così alleviando la fatica dell’amministrare senza sminuire la funzione deterrente della responsabilità amministrativa”.

Più specificamente, la Corte individua queste misure in “un’adeguata tipizzazione della colpa grave”; l’introduzione di un “tetto” al risarcimento del danno da parte del dipendente pubblico, che si aggiunga al potere riduttivo rimesso *ex post* all’apprezzamento discrezionale del giudice; “la previsione della rateizzazione del debito risarcitorio”; “l’introduzione di ipotesi obbligatorie di esercizio del potere riduttivo del giudice”; il “rafforzamento delle funzioni di controllo della Corte dei conti, con il contestuale abbinamento di una esenzione da responsabilità colposa per coloro che si adeguino alle sue indicazioni”; “l’incentivazione delle polizze assicurative”; l’eccezionale “esclusione della responsabilità colposa per specifiche categorie di pubblici dipendenti, anche solo in relazione a determinate tipologie di atti, in ragione della particolare complessità delle loro funzioni o mansioni e/o del connesso elevato rischio patrimoniale”; previsioni, infine, che mirino a “scongiurare l’eventuale moltiplicazione delle responsabilità degli amministratori per i medesimi fatti materiali”.

### 3. La corrispondenza tra la sentenza e alcune recenti proposte normative e, specificamente, il “d.d.l. Foti”

L’elencazione di una serie di misure “consigliate” e, in qualche modo, costituzionalmente vagliate in via preventiva dalla Corte costituzionale, rappresenta, di per sé, un fattore di grande novità nella giurisprudenza costituzionale, tanto più che la maggior parte di questi suggerimenti del giudice costituzionale – ed anche questo è un aspetto che merita di essere segnalato e che non sembra del tutto casuale – sono già oggetto dell’attenzione del Parlamento, nell’ambito del procedimento legislativo relativo al d.d.l. n. C1621, primo firmatario Foti, assegnato alle Commissioni Affari costituzionali e Giustizia della Camera dei deputati (5).

Se, infatti, si analizzano le previsioni contenute in questa proposta normativa si riscontrano significative corrispondenze. In particolare, nel disegno di legge è dato ampio spazio al rafforzamento delle funzioni di controllo e consultive con l’espressa previsione dell’esimente nel caso in cui in cui il funzionario si adegui alle indicazioni ricevute o la Corte non si esprima tempestivamente. A tale obiettivo rispondono, infatti, una pluralità di previsioni, alcune di carattere generale: come l’estensione dell’oggetto del controllo preventivo agli appalti di servizi soprasoglia e l’ampliamento dell’esimente derivante dal controllo preventivo, che è attualmente esclusa per i profili non presi in considerazione dalla Corte, mentre con la proposta di riforma si estende a tutti gli atti sottoposti al controllo e dunque a tutti i profili di eventuale illegittimità di tali atti. Altre disposizioni, le più innovative, sono invece riferite solo alle attività del Pnrr: si tratta del controllo preventivo facoltativo richiesto dalle regioni e dagli enti locali; del dimezzamento dei termini per il controllo; del “silenzio assenso” e dell’estensione dell’attività consultiva anche su fattispecie concrete e non solo sui principi, sempre con l’introduzione dell’esimente in caso di conformità ai pareri resi.

L’idea di fondo di tutto questo insieme di previsioni – come implicitamente viene chiarito nella sentenza – non è, ovviamente, quello di diminuire il controllo della Corte o favorire il dipendente pubblico incapace o corrotto, ma di cambiare sostanzialmente la tempistica dell’intervento del giudice contabile. L’idea, cioè, è che la Corte debba essere di supporto alle amministrazioni, in modo da prevenire il danno e rafforzare la legittimità dell’azione amministrativa, piuttosto che limitarsi a censurarne *a posteriori* l’azione, provando, spesso infruttuosamente, a recuperare il danno erariale prodotto.

Nella stessa prospettiva si possono leggere anche le proposte che introducono l’assicurazione obbligatoria, estendendo la disciplina introdotta in materia di appalti e riservando alla stipula di tali contratti assicurativi una quota del trattamento economico accessorio spettante al dirigente; quelle che prevedono, salvi i casi di danno cagionato con dolo o di illecito arricchimento, un “tetto” alla responsabilità, imponendo alla Corte dei conti di esercitare il potere di riduzione tra un minimo di 150 euro e un massimo di due annualità del trattamento economico complessivo annuo; quelle che stabiliscono per alcuni tipi di atti la responsabilità per dolo e, specificamente, per le transazioni. Sotto quest’ultimo profilo la proposta è quanto mai opportuna, in quanto le amministrazioni pubbliche, proprio per non incorrere nella responsabilità erariale, non utilizzano pressoché mai l’istituto della transazione, anche in presenza di condizioni che ne suggerirebbero l’applicazione.

(4) Sulle prospettive del modello attuale della responsabilità amministrativa, cfr., tra i contributi più recenti, M. Sciascia, *La responsabilità erariale è ancora compatibile con le esigenze dell’attuale amministrazione o svolge un insostenibile impatto disfunzionale?*, in questa *Rivista*, 2024, 1, 51 ss.

(5) Sul quale, con accenti critici, v. G. Rivosecchi, *Il bastone e la carota. Appunti su una proposta di riforma della Corte dei conti*, in <www.osservatorioaic.it>, 2024, 4.

#### 4. Una nuova tecnica decisoria

Sorge spontaneo, allora, domandarsi se questa nuova tecnica decisoria rispetti la disciplina costituzionale sulla ripartizione di attribuzioni tra i poteri dello Stato o se, diversamente, essa travalichi le funzioni proprie di un organo che svolge un mero controllo successivo di costituzionalità. Se, cioè, possano ritenersi menomate le funzioni proprie del Parlamento, esondando la Corte rispetto al limite previsto dall'art. 28 della l. n. 87/1953, che, in relazione al controllo di legittimità del giudice costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge, esclude “ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento”.

Anticipando le conclusioni, sembra corretto escludere questa eventualità e anzi salutare con favore questa innovativa tecnica decisoria del giudice costituzionale.

Non è certo questa la prima occasione nella quale appare all'orizzonte il rischio dell'attivismo giudiziario da parte della Corte costituzionale e, più in generale e in una prospettiva comparata, da parte degli organi di giustizia costituzionale. Tema che certamente merita di non essere sottovalutato perché va ad incidere su valori cardine del nostro sistema costituzionale e che trova il suo punto di equilibrio e il suo fondamento nell'art. 1 della Costituzione, dove si afferma il principio per il quale la “sovranità appartiene al popolo”, ma si specifica che esso la esercita “nelle forme e nei limiti della Costituzione”. In tale previsione trovano, infatti, fondamento, tra le altre, le molteplici norme costituzionali che prevedono la superiorità gerarchica della Costituzione rispetto alla legge, le funzioni della Corte costituzionale e, in particolare, il controllo di costituzionalità, nonché, e direi prima ancora, il potere del Parlamento e degli organi democraticamente eletti di esprimere l'indirizzo politico del Paese e ad esercitare il potere normativo. Nella dinamica dell'art. 1 è, cioè, il principio democratico ad essere il fondamento ultimo del potere pubblico, mentre spetta alla Costituzione – e alla Corte, nella qualità di organo privilegiato alla sua interpretazione ed applicazione – il compito di fissarne le modalità di espressione e i limiti.

Già, dunque, sulla base dell'art. 1 può ravvisarsi il divieto per il legislatore costituzionale di esondare rispetto al legislatore ordinario e, similmente, il divieto della Corte costituzionale di sostituirsi alle Camere e al Governo, nell'esercizio del proprio potere normativo (6). Posto, infatti, che il principio democratico si esprime principalmente nell'esercizio del potere normativo e nella funzione del disporre in generale ed astratto, sulla base di valutazioni politiche e di merito, occorre preservare l'ambito istituzionale proprio del legislatore anche nei confronti dell'organo di giustizia costituzionale.

Tale esigenza si trova declinata in una serie di previsioni che, in qualche modo, limitano gli spazi di azione della Corte costituzionale: dal tipo di controllo (circoscritto solo alla legittimità) al momento in cui esso viene esercitato (che non ha carattere preventivo ma segue l'entrata in vigore della legge); dal principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (che impedisce alla Corte di intervenire *propria sponte*) all'efficacia nel tempo delle sentenze di accoglimento (che è fissata normativamente e non è nella disponibilità del giudice costituzionale); dalle vie di accesso al giudice costituzionale (di tipo soltanto pubblicistico e che non prevedono il ricorso diretto da parte dei cittadini) al tipo di normazione rimessa al giudice costituzionale (che è di tipo esclusivamente negativo) alla stessa legittimazione istituzionale dell'organo (che sulla base dei requisiti dei giudici e delle loro modalità di elezione, è di tipo tecnico-attitudinale e non di tipo democratico-rappresentativo).

Queste ed altre previsioni hanno, appunto, l'obiettivo di consentire il fisiologico funzionamento delle regole democratiche ed evitare, nell'esercizio del potere normativo, una forma di deresponsabilizzazione del legislatore, spostando il momento decisivo e, dunque, l'indirizzo politico dalla “politica” alla “tecnica” e dal raccordo Governo-Parlamento al giudice costituzionale.

Alla luce di queste considerazioni, la tendenza che si è talvolta riscontrata da parte della Corte costituzionale ad un *enlargement* delle proprie funzioni impone una lettura e una valutazione molto rigorosa. Non sono mancati, come è noto, nella giurisprudenza costituzionale momenti di forte creatività (7). E ciò è accaduto non solo sul piano dell'interpretazione del parametro e dell'oggetto delle questioni di costituzionalità, ma anche sfruttando passaggi motivazionali delle sentenze o arricchendo le tipologie delle decisioni della Corte o, ancora, incidendo sugli effetti temporali delle sentenze (8).

Più specificamente, la Corte ha ampliato la sua sfera d'azione, anzitutto, attraverso l'introduzione pretoria di parametri non previsti espressamente dalla Costituzione e a carattere fortemente indeterminato, nella teorica illusoria del “diritto mite” (9). Si allude principalmente al criterio della ragionevolezza (10), nelle sue diverse declinazioni che

(6) Ciò non esclude che le sentenze di illegittimità della Corte costituzionale abbiano forza di legge e che innovino l'ordinamento giuridico complessivo. Cfr. in questo senso, tra gli altri, A.M. Sandulli, *Natura, funzione ed effetti delle pronunce della Corte costituzionale*, in *1956-2006 Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Roma, 2006, 465 ss.

(7) Sull'attivismo giudiziale e il processo politico si veda, tra gli altri, C. Mezzanotte, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, Tipografia Veneziana, 1984; G. Scaccia, *Corti sovranazionali dei diritti e judicial activism*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2019, 1, 1 ss.; G. Scaccia, *Corti dei diritti e processo politico*, Napoli, Esi, 2019, *passim*.

(8) Per una panoramica delle tecniche decisorie affinate nel tempo dalla Corte costituzionale, cfr., almeno, A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VII ed., Torino, Giappichelli, 2022, partic. 207 ss.

(9) La cui elaborazione nella dottrina italiana si deve a G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

(10) Sul quale si v. G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000, *passim*.

fanno principalmente riferimento alla disegualianza e all'eccesso del potere legislativo. Ma gli stessi rilievi valgono per il criterio della proporzionalità, per il bilanciamento dei diritti (11) e per la conformità ai valori costituzionali. Tutti concetti sconosciuti alla nostra Costituzione e introdotti in via giurisprudenziale e che, in ragione del loro elevato tasso di indeterminazione mal si prestano a rappresentare un parametro giustiziabile in un giudizio di legittimità, che per sua natura richiede e presuppone la prevedibilità e la verificabilità di un criterio prestabilito.

Sotto un opposto profilo, la creatività del giudice costituzionale si può esprimere, come accennato, anche con riferimento all'oggetto, allorché la Corte si discosti dall'interpretazione prospettata dal giudice *a quo* o da quelle diffuse nelle decisioni dei giudici, escludendo o imponendo, attraverso le sentenze interpretative, una determinata interpretazione della disposizione. Lo stesso accade quando il giudice costituzionale provi a realizzare un analogo effetto ordinamentale senza incidere sulla parte dispositiva, ma limitandosi a inserire nella parte motiva un *obiter dictum* o diffondendosi nella ricostruzione generale di un determinato istituto, estendendo le sue valutazioni anche a profili non essenziali per risolvere la controversia.

In altri casi la tendenza a superare i limiti della normazione "esclusivamente negativa" si è tradotta nella previsione di veri e propri moniti al legislatore, talvolta corredati da una specifica tempistica. Altre volte la Corte ha inciso sugli effetti temporali delle sentenze (12) (con ipotesi di larvata "incostituzionalità accertata ma non dichiarata" (13) o con effetti temporali dell'incostituzionalità limitati a decorrere da un certo momento), ricorrendo alla complessa figura dell'incostituzionalità sopravvenuta, anche in mancanza di una modifica costituzionale.

Infine, non sono mancati nella giurisprudenza costituzionale casi in cui la Corte ha adottato sentenze manipolative (14), incidendo sulla disposizione anche aggiungendo (attraverso le "sentenze additive") o sostituendo (attraverso le "sentenze sostitutive") frammenti di essa. La Corte, cioè, ha avuto modo di dichiarare l'illegittimità costituzionale di un'omissione da parte del legislatore o di una sua volontà negativa implicitamente manifestata, e lo ha fatto sia introducendo principi espressi o di seconda generazione (con le cosiddette "additive di principio"), sia ampliando la sfera giuridica dei soggetti dell'ordinamento (attraverso le "additive di garanzia" o "di prestazione"), sia infine prevedendo all'interno di un procedimento l'adozione di un atto giuridico (con le cosiddette "additive di procedura"). Vero è che tali sentenze sono soggette a limiti penetranti, non potendo incidere nella materia penale, ponendosi il tema della loro copertura finanziaria e soprattutto riprendendo una notissima metafora di Crisafulli) dovendo essere "a rime obbligate" (15), nel senso che non dovrebbero introdurre nuove norme, ma limitarsi a ricavare quelle implicitamente già previste a livello costituzionale. Non si può, tuttavia, ignorare che si tratta di un limite di difficile verificabilità e la cui applicazione è comunque rimessa alla stessa Corte costituzionale la quale, infatti, lo ha interpretato in maniera sempre più elastica, fino a superarlo (almeno parzialmente) tramite l'inaugurazione del filone giurisprudenziale delle sentenze c.d. a "rime possibili" (16).

Rispetto a questa pluralità di istituti e metodi che negli anni hanno consentito alla Corte di ampliare la propria sfera di azione e incidere significativamente e creativamente sulle linee di sviluppo dell'ordinamento, suscitando più di un dubbio sul rispetto della sfera di attribuzione del legislatore (17), la tecnica elaborata dalla sentenza in commento appare molto meno impattante.

(11) V. sul punto R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992.

(12) Cfr. C. Mezzanotte, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze come questione di diritto costituzionale sostanziale*, 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, Giuffrè, 1989, 362 ss.

(13) Sul punto è sicuramente significativa la decisione relativa al c.d. "caso Cappato" e, in particolare, l'ord. n. 207/2018, sulla quale v. M. Bignami, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in F.S. Marini, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Cappato. Riflessioni a margine dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 207/2018*, Napoli, Esi, 2019, 19 ss.

(14) Secondo la terminologia utilizzata dapprima da L. Elia, *Divergenze e convergenze della Corte costituzionale con la magistratura ordinaria in materia di garanzie difensive nella istruzione sommaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 562 e ormai largamente affermatasi in dottrina e nella stessa giurisprudenza costituzionale.

(15) V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1694.

(16) La definizione, ormai diffusa in dottrina, 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.*, 2019, 183. La tecnica decisoria, inaugurata con le sent. n. 236/2016 e n. 222/2018, è stata in seguito più volte utilizzata dalla Corte costituzionale soprattutto (ma non solo) in materia penale. È pur vero, tuttavia, che la Corte costituzionale, anche di recente con la sent. n. 46/2024, ha ribadito il principio per cui "[l]'esigenza di far ricorso a una pronuncia di tipo manipolativo, che sostituisca la sanzione censurata con altra conforme a Costituzione, si pone imprescindibilmente solo allorché la lacuna di punibilità che conseguirebbe a una pronuncia ablativa, non colmabile tramite l'espansione di previsioni sanzionatorie coesistenti, si riveli foriera di "insostenibili vuoti di tutela" per gli interessi protetti dalla norma incisa (sent. n. 222/2018): come, ad esempio, quando ne derivasse una menomata protezione di diritti fondamentali dell'individuo o di beni di particolare rilievo per l'intera collettività rispetto a gravi forme di aggressione, con eventuale conseguente violazione di obblighi costituzionali o sovranazionali".

(17) Per avere una panoramica delle maggiori critiche mosse alle tecniche decisorie menzionate e al presunto e conseguente "sconfiamento" della Corte costituzionale nel campo del legislatore, cfr., solo per citare alcuni tra le molte posizioni emerse: M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 2, 1643 ss.; A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2019, 2, 251 ss.; Id., *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in <www.federalismi.it>, 2021, 12, 170 ss.; A. Ruggeri, *Dove va la giustizia*

Con essa, infatti, la Corte non fuoriesce dai limiti del dettato costituzionale, rendendo meno prevedibili le proprie decisioni (come accade con la ragionevolezza o con il bilanciamento), né impone una determinata interpretazione (come accade nelle sentenze interpretative o con gli *obiter dictum*), né si sostituisce al legislatore (come accade con le “sentenze manipolative”) o impone alle Camere un determinato comportamento (come accade con i moniti). Essa, direi quasi all’opposto, si limita a configurare una serie di opzioni normative, configurandole come costituzionalmente possibili per il raggiungimento di uno scopo meritevole di apprezzamento da un punto di vista costituzionale. In questa prospettiva la Corte, in qualche modo, si limita ad indicare un obiettivo, rappresentando in via esemplificativa una pluralità di istituti idonei a raggiungerlo e lasciando quindi libero il legislatore di decidere come, e almeno in parte anche quando, adottare una disciplina “a regime” che possa soddisfare quelle esigenze.

Nello stesso tempo la Corte si autovincola e rende prevedibile, in linea con la *ratio* di fondo del nostro sistema di giustizia costituzionale, la propria giurisprudenza. Posto, infatti, che sarà sempre possibile un vaglio di costituzionalità sul modo in cui il legislatore declinerà nel dettaglio quelle previsioni e sull’equilibrio complessivo raggiunto attraverso l’utilizzazione di alcuni o tutte le misure indicate dalla Corte costituzionale, è evidente che il precedente introduce una presunzione favorevole “rafforzata” di conformità alla Costituzione rispetto all’introduzione di quelle previsioni. Per fare un esempio, sarà molto improbabile, salvo clamorosi *revirement*, che la Corte possa dichiarare incostituzionale l’introduzione di un “tetto” alla responsabilità erariale in quanto tale, salva ovviamente ogni più ampia valutazione sulla sua quantificazione.

##### 5. L’obiettivo di prevenire l’illegittimità costituzionale

La tecnica decisoria utilizzata dal giudice costituzionale ha un doppio vantaggio: da un lato, non vincola il legislatore e non incide direttamente sull’ordinamento, rispettando la fisiologia dei rapporti istituzionali e della ripartizione delle attribuzioni costituzionali; dall’altro, realizza l’obiettivo di indicare concretamente una strada, senza fermarsi ad una mera ricostruzione teorica degli istituti, e sostanzialmente anticipando il proprio vaglio di costituzionalità prima ancora dell’approvazione della legge, sebbene ovviamente in via generale e in relazione alla mera introduzione delle misure.

Sotto quest’ultimo profilo, non si può non ricondurre la motivazione della sentenza in una prospettiva più generale, inquadrandola nelle dinamiche di anticipazione e contrasto delle ipotesi di illegittimità e come espressione del principio di leale collaborazione istituzionale.

Quanto al primo aspetto, va rilevato che l’illegittimità e, in particolare, l’illegittimità costituzionale, rappresenta un evento traumatico per l’ordinamento. Si tratta, infatti, di una reazione dell’ordinamento, sanzionata con l’eliminazione pressoché integrale degli effetti della norma, al tentativo di far nascere norme giuridiche *extra ordinem*, cioè al di fuori e contro le proprie regole sulla produzione. Regole, che secondo la ricostruzione di Carlo Esposito, rappresentano la “costituzione materiale” dell’ordinamento, in quanto norme appunto “costitutive” del modo in cui nasce nei singoli ordinamenti giuridici il diritto.

La questione non è ovviamente solo teorica, ma presenta rilevanti aspetti pratici che involgono la certezza del diritto e il principio democratico. È evidente, infatti, che l’illegittimità, specie quella costituzionale, introduce un fattore di incertezza nell’ordinamento, in quanto i destinatari della norma non sono in grado di sapere se e quando cesserà retroattivamente l’efficacia della norma introdotta nel sistema giuridico. Ed è noto come l’incertezza sia un fattore frenante anche per l’instaurarsi dei rapporti giuridici e abbia gravi riflessi di natura economica.

L’incostituzionalità della legge pone, inoltre, in antitesi il principio costituzionale con il principio democratico e mette in tensione le relative legittimazioni istituzionali. Attraverso essa, infatti, viene vanificata una decisione della maggioranza parlamentare e viene messa in discussione una porzione dell’indirizzo politico che attraverso quella decisione ha trovato attuazione.

In questa prospettiva, la dichiarazione di incostituzionalità non può che rappresentare, come ha più volte ricordato la stessa Corte costituzionale nella sua giurisprudenza, un’*extrema ratio* alla quale ricorrere solo laddove non si riesca a ricomporre la piena conformità al parametro da parte della norma primaria attraverso l’interpretazione. Molteplici sono state, infatti, le occasioni nelle quali la Corte ha fatto leva sull’interpretazione costituzionalmente conforme per dichiarare infondata o inammissibile una questione di costituzionalità sollevata dal giudice senza aver indagato sulle possibili opzioni ermeneutiche conformi al parametro costituzionale (18).

Rispetto a questo obiettivo è evidente che indicazioni previe da parte della Corte costituzionale possono contribuire a ridurre il rischio dell’incostituzionalità della legge. Del resto, sono molteplici gli strumenti e gli istituti che l’ordinamento prevede per prevenire l’illegittimità costituzionale o, più in generale, l’illegittimità degli atti normativi. Tendenza che si va gradualmente ampliando: basti pensare, per fare qualche esempio, al controllo sempre più penetrante del Presidente della Repubblica in sede di promulgazione delle leggi o di emanazione dei decreti-legge o dei

---

*costituzionale in Italia?*, in <www.dirittifondamentali.it>, 2021, I, spec. 473 ss.; N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in <www.federalismi.it>, 2021, 3, 86 ss.

(18) Il presupposto da cui muove il giudice costituzionale è che “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali”: così Corte cost. n. 356/1996.

decreti legislativi, che ha trovato espressione anche in forme anomale e innovative di promulgazione (come le cosiddette promulgazioni con monito) (19). Ancor prima, all'introduzione del controllo di costituzionalità effettuato da parte degli organi interni delle Camere o alle leggi che periodicamente vengono adottate per sanare le violazioni delle norme eurounitarie. Lo stesso vale per le segnalazioni o i pareri resi dalle Autorità di vigilanza e di regolazione (20), che si sommano ai pareri tradizionalmente resi dal Consiglio di Stato sugli atti regolamentari. In ambito giudiziario l'illegittimità delle sentenze viene prevenuta attraverso la previsione del recente istituto del rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di cassazione (21). E la proposta di riforma delle funzioni della Corte dei conti, alla quale si è fatto cenno, risponde alla stessa dinamica di prevenzione dell'illegittimità, anticipando la valutazione del giudice contabile sull'illegittimità dell'atto al momento dell'esercizio del controllo preventivo o della funzione consultiva piuttosto che verificarne le conseguenze *ex post* in termini di danno erariale prodotto. Alla stessa logica, infine, sono riconducibili soluzioni che operano sul piano stragiudiziale, come quella in materia di appalti sull'obbligatoria istituzione dei collegi consultivi tecnici, al fine di prevenire l'insorgenza di controversie tra la stazione appaltante e le imprese nella fase di esecuzione degli appalti.

Infine, come accennato, la sentenza è meritevole di apprezzamento anche sotto il profilo della leale collaborazione istituzionale. Essa, infatti, non soltanto manifesta un'impostazione proattiva e collaborativa nei confronti del legislatore, ma produce un virtuoso effetto di neutralizzazione di scelte politiche a carattere maggioritario, che si riflette in un altrettanto virtuoso rafforzamento della legittimazione della normativa relativa alle funzioni degli organi di garanzia. In altri termini, tali organi, proprio perché esercitano le proprie funzioni al di fuori del circuito democratico rappresentativo, quando addirittura non in antitesi ad esso, richiedono norme tendenzialmente condivise e non strettamente maggioritarie: le riforme che li riguardano, dunque, anche quando opportune, scontano una maggiore complessità, se non di carattere procedimentale, almeno di carattere politico. E sotto questo profilo un fattore di neutralizzazione della scelta politica finisce per configurare un forte elemento di agevolazione della serenità del dibattito parlamentare, senza rappresentare una forma di esondazione del giudice costituzionale, bensì configurando un modo innovativo per realizzare il primato della Costituzione proprio tramite una giurisdizione costituzionale efficace (22).

Sulla base delle considerazioni che precedono, volte principalmente a segnalare gli aspetti di novità della tecnica decisoria utilizzata nella sentenza n. 132/2024, non si può che auspicare che il precedente non rimanga isolato, ma possa rappresentare, soprattutto in relazione a normative relative ad organi di garanzia, una valida alternativa rispetto a forme più tradizionali, ma anche più incisive e più impattanti, nelle quali si esprime il sindacato di costituzionalità delle leggi.

\* \* \*

---

(19) Su tale prassi, affermatasi soprattutto a partire dalla presidenza Napolitano, cfr., tra gli altri, R. Romboli, *La legge sugli incentivi (l. n. 73/2010): una promulgazione con monito*, in *Foro it.*, 2010, 6 ss.; A. Morelli, *La promulgazione "abrogante" della legge sulla leghittima difesa e la fiducia del Presidente*, in <www.lacostituzione.info>, 28 aprile 2019; P. Vipiana, *Tre interessanti casi di "promulgazione con rilievi"*, in <www.forumcostituzionale.it>, 2020, 3, 45 ss.

(20) Si fa riferimento, ad esempio, al potere di segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato alle camere e specificamente a quello relativo alla legge annuale della concorrenza, prevista dal c. 4 dell'art. 47 della l. n. 99/2009. Ma lo stesso vale per il potere di autorizzazione dello stesso organo sulle concentrazioni, ai sensi della l. n. 287/1990, o all'istituto del parere precontenzioso dell'Anac, previsto dal c. 4 dell'art. 220 del d.lgs. n. 36/2023 (*nuovo codice appalti*) finalizzato a risolvere questioni controverse insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara relative ai contratti pubblici.

(21) Previsto dall'art. 363-bis c.p.c., introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

(22) Sul punto v. in termini generali R. Arnold, *Bundesverfassungsgericht e processo politico*, in G. Scaccia (a cura di), *Corti dei diritti e processo politico*, Napoli, Esi, 2019, 50, il quale correttamente evidenzia come la Corte costituzionale non debba "oltrepassare il confine che la divide dallo spazio politico e questa frontiera non è facile da determinare in alcuni casi. L'interpretazione della Costituzione in modo evolutivo, concretizzando e sviluppando il diritto costituzionale inquadrate dalla politica, non significa, infatti, superamento di questa frontiera".