

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 **

Sommario: 1. Per un inquadramento dell'impiego delle tecniche decisorie nel contesto storico-politico. – 2. La funzione monitoria e i suoi limiti. Il precedente monito quale ragione giustificativa di un successivo "interventismo". – 3. Una nuova e più "stringente" forma di esercizio della funzione monitoria: l'ordinanza sul c.d. caso Cappato (ord. n. 270 del 2018). – 4. Per l'inveramento del principio di legittimità costituzionale: evitare situazioni di maggiore incostituzionalità, assicurare una "situazione normativa" conforme a Costituzione, "rendere giustizia" costituzionale.

1. Per un inquadramento dell'impiego delle tecniche decisorie nel contesto storico-politico

Sono sempre più convinto del fatto che lo studio delle tecniche decisorie della Corte costituzionale debba essere condotto tenendo in considerazione il segmento di storia politico-istituzionale nel quale il relativo impiego si realizza. Il successo o l'insuccesso della singola tipologia decisoria (persino l'interpretazione dei requisiti di accesso al giudizio di costituzionalità) dipende in larga parte dalla "risposta", in termini di "seguito", del legislatore e dei giudici¹.

* Ordinario di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre.

** Il presente testo è stato esposto in forma sintetica come relazione al Convegno intitolato Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?, organizzato dall'Università degli Studi di Padova e svoltosi presso la sede di Treviso, 17 maggio 2019. Il contributo è destinato agli Scritti in onore di Antonio Ruggeri.

¹ M. RUOTOLO, *La dimensione temporale dell'invalidità della legge*, Padova, 2000, 242; più di recente, Id., *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Napoli, 2014, 92 ss. D'altra parte, la Corte costituzionale italiana ha sempre cercato, anche con l'affinamento delle sue tecniche decisorie, di essere parte attiva nello sviluppo di un diritto costituzionale «relazionale», che si fonda sul dialogo con gli altri attori giurisdizionali e non: cfr. V. BARSOTTI – P. G. CAROZZA – M. CARTABIA – A. SIMONCINI, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford, 2015, 231 ss.

Esemplare è sul punto la “storia” delle sentenze additive di principio², decisioni con le quali la Corte, a fronte di omissioni incostituzionali che potrebbero essere colmate con regole diverse (la cui determinazione richiederebbe esercizio della discrezionalità del legislatore), individua il principio alla luce del quale colmare la lacuna. Principio che dovrebbe essere svolto dal legislatore mediante determinazione della specifica regola, rimettendo nell’attesa al singolo giudice il compito della sua individuazione. Questa tecnica per divenire “di successo” avrebbe richiesto pronta risposta del legislatore, in quanto il protrarsi dell’inerzia avrebbe generato eccessiva incertezza sulla regola applicabile al caso concreto, di volta in volta rimessa alla determinazione del singolo giudice. Così non è stato; e non è un caso che la Corte abbia fatto progressivamente minore uso di una tecnica che sembrava poter felicemente soddisfare l’esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore non rinunciando, mercé l’individuazione del principio, a dichiarare l’incostituzionalità della “situazione normativa” esito di un’omissione incostituzionale non colmabile nella logica delle “rime obbligate” (essendo più d’una la soluzione che si sarebbe potuta trovare per rimediare alla lacuna incostituzionale).

Si tocca qui un aspetto fondamentale ai fini della nostra riflessione sui profili evolutivi delle tecniche decisorie della Corte costituzionale: l’inerzia del legislatore, il tendenziale mancato seguito legislativo rispetto a indicazioni, talora piuttosto puntuali, provenienti dalla giurisprudenza costituzionale. Non può forse entro questa chiave leggersi la stessa tendenza della giurisprudenza costituzionale a guardare in termini meno rigorosi al requisito della rilevanza quale condizione di accesso al suo giudizio? Ciò avviene soprattutto in quegli ambiti nei quali una rigorosa (formalistica?) valutazione sulla rilevanza creerebbe «zone d’ombra nel controllo di costituzionalità»³, impedendo alla Corte di “rendere giustizia” costituzionale in settori nevralgici del nostro ordinamento democratico⁴.

Il pensiero va subito al sindacato sulle leggi elettorali politiche e in particolare alla sent. n. 1 del 2014, che ha rilevato e “colpito” evidenti vizi della legge elettorale della Camera dei deputati e del Senato (legge n. 270 del 2005), decidendo su questioni poste nel corso di una «azione di accertamento avente ad oggetto il diritto di voto», finalizzata «ad accertare la portata del diritto, ritenuta incerta». In questa decisione la Corte ha dato seguito a indicazioni che già emergevano dalla sua precedente giurisprudenza, specie con riguardo all’attribuzione del premio di maggioranza in difetto del presupposto di una soglia minima di voti o di seggi, che

² Su questa tecnica decisoria cfr., almeno, A. ANZON, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1992, 3199; G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996; ID. *Le sentenze additive di principio*, in *Foro It.*, 1998, V, 78 ss.

³ Si legge nella sent. n. 196 del 2018 che «l’esigenza di fugare zone d’ombra nel giudizio di costituzionalità», affermata quale «tratto costitutivo del sistema di giustizia costituzionale, è tale da riflettersi sui criteri di valutazione dei requisiti di ammissibilità delle questioni».

⁴ In argomento cfr., da ultimo, il libro di P. ZICCHITTU, *Le «zone franche» del potere legislativo*, Torino, 2017. Più in generale sulle c.d. zone d’ombra della giustizia costituzionale si vedano i diversi contributi pubblicati in R. BALDUZZI – P. COSTANZO (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Torino, 2007, e in R. PINARDI (a cura di), *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull’ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007. Con specifico riguardo alle leggi elettorali, per una lettura critica della giurisprudenza costituzionale v. R. BIN, *Chi è il responsabile delle «zone franche»? Note sulle leggi elettorali davanti alla Corte*, in G. FERRI (a cura di), *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere*, Napoli, 2017, 95 ss.

non aveva potuto sindacare nella sede del giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo. Di qui l'invito al Parlamento a riconsiderare con attenzione alcuni profili di un simile meccanismo, in quanto si potrebbe verificare in concreto una distorsione fra voti espressi ed attribuzione di seggi che nella specie assumerebbe una misura tale da comprometterne la compatibilità con il principio di eguaglianza del voto (sentt. n. 15 e 16 del 2008). «Stante l'inerzia del legislatore», la Corte ha successivamente rinnovato l'invito al Parlamento a considerare con attenzione i «punti problematici della disciplina, così come risultante dalle modifiche introdotte con la legge n. 270 del 2005», sottolineando di nuovo i «profili di irrazionalità» insiti nella sopra descritta modalità di «attribuzione di premi di maggioranza», pur rilevando che gli stessi non sono sindacabili in una sede diversa dal giudizio di legittimità costituzionale quale all'epoca era, di nuovo, quella del giudizio di ammissibilità del referendum (sent. n. 13 del 2012). Ecco allora che, realizzatasi l'occasione per pronunciarsi nel merito nella sede del giudizio di legittimità costituzionale e riscontrata la protratta inerzia del legislatore nel dare seguito alle indicazioni emergenti nella pregressa giurisprudenza, la Corte ha ritenuto di poter superare lo «sco-glio» del presunto difetto di rilevanza – in quanto le questioni di legittimità costituzionale apparivano oggetto esclusivo del giudizio *a quo*, con la conseguenza peraltro che il rimettente, venute eventualmente meno le norme censurate, non avrebbe potuto adottare ulteriore provvedimento per realizzare la tutela della situazione giuridica soggettiva fatta valere dal ricorrente nel processo principale (come si legge nella stessa ordinanza di rimessione) – attenuando così la portata del c.d. divieto di *lis ficta*, per perseguire il superiore interesse dell'espunzione della normativa elettorale illegittima⁵.

⁵ Si veda, tra i molti, G. AZZARITI, *Lo spazio teorico e l'opportunità politica per un mutamento di giurisprudenza*, in *Nomos*, n. 1/2013, 2, ove tra l'altro sottolinea come la Corte non possa «prescindere dal contesto politico-costituzionale entro cui si trova ad operare e a decidere». In particolare, nella sent. n. 1 del 2014 la Corte richiama alcuni suoi precedenti (sentt. n. 59 del 1957 e 4 del 2000) per affermare che «la circostanza che la dedotta incostituzionalità di una o più norme legislative costituisca l'unico motivo di ricorso innanzi al giudice *a quo* non impedisce di considerare sussistente il requisito della rilevanza, ogni qualvolta sia individuabile nel giudizio principale un *petitum* separato e distinto dalla questione (o dalle questioni) di legittimità costituzionale, sul quale il giudice rimettente sia chiamato a pronunciarsi», anche «allo scopo di scongiurare “la esclusione di ogni garanzia e di ogni controllo” su taluni atti legislativi». «Nel caso in esame – si legge ancora nella sent. n. 1 del 2014 – tale condizione è soddisfatta, perché il *petitum* oggetto del giudizio principale è costituito dalla pronuncia di accertamento del diritto azionato, in ipotesi condizionata dalla decisione delle sollevate questioni di legittimità costituzionale, non risultando l'accertamento richiesto al giudice comune totalmente assorbito dalla sentenza di questa Corte, in quanto residuerebbe la verifica delle altre condizioni cui la legge fa dipendere il riconoscimento del diritto di voto». Non solo: la Corte sembra attribuire specifico peso, anche ai fini dell'ammissibilità della questione, alla peculiarità e al «rilievo costituzionale» del diritto oggetto di accertamento («il diritto di voto, che ha come connotato essenziale il collegamento ad un interesse del corpo sociale nel suo insieme»). Tale orientamento è stato confermato, come noto, nella sent. n. 35 del 2017, «permanendo l'esigenza di evitare, con riferimento alla legge elettorale politica, una zona franca rispetto al controllo di costituzionalità attivabile in via incidentale». In argomento si vedano i recenti libri di G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, 2018; C. PADULA, *La tutela diretta dei diritti fondamentali. Il preenforcement constitutional challenge contro le leggi negli Stati Uniti e le questioni incidentali “astratte” in Italia*, Torino, 2018.

Analogamente – e dal mio punto di vista positivamente – la Corte è entrata nel merito di una questione sollevata dalla Cassazione riguardante l'esclusione dal servizio civile nazionale dello straniero regolarmente soggiornante in Italia, proposta nell'ambito di un giudizio per l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della

Si tratta ora di cogliere le implicazioni di queste “evoluzioni”⁶, guardando in seguito alla specifica soluzione adottata dalla Corte costituzionale con l’ordinanza n. 207 del 2018, riguardante il c.d. caso Cappato.

legge (sent. n. 119 del 2015). Si trattava dunque di questione la cui soluzione non avrebbe avuto “concreta utilità” per le parti del giudizio *a quo*, ma decisiva ai fini della formulazione del principio di diritto ai sensi dell’art. 363, terzo comma, cod. proc. civ., ossia ai fini della pronuncia di quella regola di giudizio che – sebbene non influente nella concreta vicenda processuale – è destinata a valere come criterio di decisione di casi futuri. Di qui l’asserita rilevanza della questione, accompagnata al riconoscimento dell’inerenza alla funzione giurisdizionale dell’enunciazione del principio di diritto (sulla vicenda, prima della decisione della Corte costituzionale, v. M. RUOTOLO, *Principio di diritto nell’interesse della legge e questioni di legittimità costituzionale: tra le astratte simmetrie formali del diritto processuale e l’esigenza di “rendere giustizia costituzionale”*, in *Rivista telematica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, www.rivistaaic.it, fasc. 1/2015, 1 ss.).

Non v’è dubbio che esempi giurisprudenziali come quelli sopra richiamati possano ritenersi espressivi dell’avvertita necessità di ampliare o di non restringere eccessivamente le vie di accesso al sindacato di costituzionalità, rendendo concreto il *favor Constitutionis*, al fine di consentire, nella misura più ampia possibile, la pervasione “molecolare” dell’ordinamento da parte dei principi costituzionali (G. SILVESTRI, *Intervento*, in AA. VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milano, 2010, 323). Sulle trasformazioni dell’incidentalità costituzionale v., da ultimo, G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli, 2017.

⁶ Un’altra evoluzione, assai importante, interessa le condizioni e i limiti dell’interpretazione della legge in modo conforme a Costituzione, coinvolgendo principalmente il piano della “collaborazione” tra Corte e giudici, con precisi riflessi sul piano dell’impiego delle tecniche decisorie. Guardando alla giurisprudenza più recente sembra possibile rinvenire, sia pure non senza oscillazioni, una volontà di almeno parziale ri-apertura del canale di accesso in via incidentale, senz’altro contratto dal pervasivo uso ad opera dei giudici del canone dell’interpretazione conforme a Costituzione (uso peraltro indotto da precise indicazioni provenienti proprio dalla giurisprudenza costituzionale, almeno a partire dalla nota sent. 356 del 1996). Devo ribadire che ritengo non solo auspicabile, ma anche naturale che i giudici esercitino poteri interpretativi ampi sui testi al fine di assicurarne la conformità a Costituzione e condivido anche l’assunto per cui la dichiarazione di incostituzionalità è sempre l’esito di un «fallimento dell’interpretazione» (G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 257). Ciò non significa, tuttavia, che i giudici debbano essere costretti ad acrobazie argomentative per superare il vaglio di ammissibilità della Corte, come invece accaduto per una sorta di esasperazione nella lettura della nota asserzione per cui «in linea di principio, 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» (sent. n. 356 del 1996). Una cosa è dire che l’accoglimento va riservato all’ipotesi estrema in cui dalla disposizione non sia possibile ricavare una norma conforme a Costituzione, altro è sostenere che a fronte di un’interpretazione improbabile o difficile (alla luce del testo o degli orientamenti già maturati in giurisprudenza) la questione non debba essere affrontata nel merito. Noto con piacere che la Corte sta mutando orientamento, avendo di recente in più occasioni affermato che «se l’interpretazione prescelta dal giudice rimettente sia da considerare la sola persuasiva, è profilo che esula dall’ammissibilità e attiene, per contro, al merito, che è ora possibile scrutinare» (v. tra le altre sentt. nn. 221, 262 del 2015, 45, 95, 204 del 2016). L’apertura della Corte mi pare netta e foriera di novità anche sul piano delle tecniche decisorie, potendosi presagire un maggior impiego delle sentenze interpretative di rigetto. In effetti oggi appare nettamente prevalente l’indirizzo per cui la questione può ritenersi ammissibile ove la «possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione oggetto del giudizio» sia stata «tentata e consapevolmente scartata dal rimettente». E che «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» (sent. n. 69 del 2017). Anzi, questa è la via privilegiata: rigettare la questione ove la Corte ritenga non implausibile l’interpretazione conforme a Costituzione, riservando appunto la dichiarazione di incostituzionalità alle ipotesi in cui il testo (o la sua prevalente interpretazione ad opera della giurisprudenza: diritto vivente) opponga una resistenza insuperabile ad

Sullo sfondo rimarrà la questione, cui si cercherà di dare qualche risposta nelle conclusioni, sul “fino a che punto” le esigenze del processo costituzionale (sinora riguardate con riferimento alla valutazione “stretta” sulla rilevanza) possano offuscare quelle, per così dire, del diritto costituzionale sostanziale, del “rendere giustizia” costituzionale. Fino a che punto la Corte può alzare lo scudo del *non possumus* in nome di (talora presunte) ragioni formali? Pur non volendo negare che per la Corte il rispetto delle regole processuali sia «il miglior possibile presidio della sua indipendenza e della sua funzionalità»⁷, non vi sono forse spazi per una loro lettura evolutiva in funzione delle esigenze del diritto costituzionale sostanziale?.

2. La funzione monitoria e i suoi limiti. Il precedente monito quale ragione giustificativa di un successivo “interventismo”

Prima di arrivare all’ord. n. 207 del 2018 è opportuno sinteticamente riferire anche del tendenziale fallimento, almeno con riferimento al più recente periodo, della funzione monitoria che la Corte ha tentato più volte di esercitare rivolgendosi al legislatore.

Com’è noto, i moniti possono essere resi in decisioni di inammissibilità⁸ e in pronunce di rigetto, ma anche in sentenze di accoglimento⁹. In prevalenza, però, costituiscono il contro-altare di

un esito ermeneutico conforme a Costituzione. Il che, come si è detto, dovrebbe tradursi, in termini di tecnica decisoria impiegata, nel ricorso prevalente alle sentenze interpretative di rigetto. Un fondamentale merito per la chiarificazione della questione va senz’altro ascrivito alla sent. n. 42 del 2017, ove si legge che «se “le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne)” (sentenza n. 356 del 1996), ciò non significa che, ove sia *improbabile* o *difficile* prospettarne un’interpretazione costituzionalmente orientata, la questione non debba essere scrutinata nel merito. Anzi, tale scrutinio, ricorrendo le predette condizioni, si rivela (...) necessario, pure solo al fine di stabilire se la soluzione conforme a Costituzione rifiutata dal giudice rimettente sia invece possibile». Avevo auspicato questo esito in diversi lavori (v. M. RUOTOLO, *Interpretare*, cit., e, ora, *Id.*, *Quando il giudice “deve fare da sé”*, in “*Questione giustizia*”, www.questionegiustizia.it, 22 ottobre 2018).

⁷ A. PIZZORUSSO, *Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 149. Cfr. anche le riflessioni di: A. RUGGERI, *Alla ricerca dell’identità del “diritto processuale costituzionale”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, www.forumcostituzionale.it, 6 aprile 2009, spec. § 3 con riguardo alla «regolarità» nell’interpretazione-applicazione delle regole processuali da parte della Corte; R. ROMBOLI, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Napoli, 2011, 2995 ss.; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 123 ss., specie 140 ove rileva criticamente, all’esito di uno studio sulla più recente giurisprudenza costituzionale, come troppo spesso il diritto processuale costituzionale finisca per “soccombere” di fronte a quello sostanziale.

⁸ E persino in pronunce di restituzione degli atti al giudice *a quo*, come accaduto con riguardo alla questione relativa alla garanzia per l’incolpato di non essere sottoposto a un secondo giudizio sanzionatorio (divieto di *bis in idem*): sent. n. 43 del 2018.

⁹ Si veda, come recente esempio, la sent. n. 149 del 2018, con la quale la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 58-*quater* dell’ordinamento penitenziario, «nella parte in cui si applica ai condannati all’ergastolo per i delitti di cui all’art. 630 c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato», così rimuovendo la preclusione assoluta che impediva l’accesso alle misure alternative per l’autore del reato di sequestro di persona (nell’ipotesi in cui dalla commissione dello stesso fosse derivata la morte del sequestrato). Il monito rivolto al legislatore

una mancata pronuncia di accoglimento, inibita dal necessario rispetto della discrezionalità del legislatore (cui pure fa riferimento l'art. 28 della legge n. 87 del 1953). Quante volte abbiamo avuto pronunce di inammissibilità giustificate dal fatto che la risoluzione della questione richiederebbe interventi che, stante la pluralità di opzioni possibili, soltanto il legislatore potrebbe operare? La Corte si ritrae spesso – anche se come preciserò un po' meno spesso – in un *non possumus* giustificato dalla necessità di rispettare le prerogative del Parlamento.

Non è questione nuova. Anzi.

Forse il contributo più importante su di essa è stato dato da Vezio Crisafulli. A lui si deve, anzitutto e com'è noto, l'elaborazione teorica della c.d. doppia pronuncia (addirittura, in una prima versione, intesa come “doppia pronuncia formale” sincronica, adottata nello stesso provvedimento, insieme di rigetto, per la parte in cui dal testo può ricavarsi una norma conforme a Costituzione, e di accoglimento, al fine di “eliminare” dal sistema la possibile lettura incostituzionale dello stesso¹⁰). Un'elaborazione che sostiene la possibilità per la Corte di far seguire una sentenza di accoglimento a una prima pronuncia interpretativa di rigetto sullo stesso oggetto, ove il significato proposto come conforme a Costituzione non si sia consolidato, continuando piuttosto a essere applicata la disposizione nel suo significato incostituzionale, che non resta che dichiarare tale. Ma siamo qui ancora sul versante del rapporto con i giudici.

Mi interessa di più, in questa parte, richiamare l'altra intuizione crisafulliana, che si faceva carico di giustificare interventi della Corte rivolti a colmare omissioni incostituzionali. È la famosa intuizione delle “rime obbligate”¹¹, per cui la Corte può direttamente colmare la lacuna, quando la regola da inserire sia direttamente implicata dal testo costituzionale; come a dire che in tal caso la Corte agirebbe “sotto dettatura” della Costituzione, non essendovi propriamente una “discrezionalità” al riguardo. Un artificio retorico, frutto di una mente particolarmente brillante, da impiegare in prospettiva “giustificazionista”, per legittimare quella che altrimenti apparirebbe come una sorta di invasione della sfera riservata al legislatore. Sarà questa la

riguarda, più in generale, la necessità di valorizzare l'elemento della flessibilità della pena nella sua concreta esecuzione, consentendo al giudice una valutazione caso per caso in ordine alla concessione delle c.d. misure alternative. Ciò in quanto «la personalità del condannato non resta segnata in maniera irrimediabile dal reato commesso in passato, foss'anche il più orribile; ma continua ad essere aperta alla prospettiva di un possibile cambiamento». È una prospettiva – come ancora scrive la Corte nella sent. n. 149 del 2018 – che non soltanto «chiama in causa la responsabilità individuale del condannato nell'intraprendere un cammino di revisione critica del proprio passato e di ricostruzione della propria personalità», ma impone una «correlativa responsabilità della società nello stimolare il condannato ad intraprendere tale cammino, anche attraverso la previsione da parte del legislatore – e la concreta concessione da parte del giudice – di benefici che gradualmente e prudentemente attenuino, in risposta al percorso di cambiamento già avviato, il giusto rigore della sanzione inflitta».

¹⁰ V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giur. Cost.*, 1956, 948.

¹¹ V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in AA. VV., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Bologna, 1978 (anche in *Giur. cost.*, 1976), 84; Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, II,2, *La Corte costituzionale*, Padova, V ed., 1984, 497. Come rilevato da F. MODUGNO, *Validità b) Diritto costituzionale*, in *Enc. Dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, 78, nt. 100, l'espressione “rime obbligate” fu già utilizzata da Fr. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, Roma, 1921, 232, per qualificare la creazione delle norme regolatrici del caso concreto, ad opera del giudice interprete, come creazione limitata al caso deciso.

principale giustificazione teorica per le sentenze manipolative – da alcuni definite “normative”¹² – con un progressivo affinamento delle tecniche decisorie, che susciterà grande interesse in Collegi particolarmente propensi alle tipizzazioni e addirittura alle schematizzazioni “spinte”¹³. A fronte di un tale sviluppo, che qui non posso rappresentare compiutamente, l’intuizione crisafulliana delle “rime obbligate”, inizialmente impiegata per “giustificare” la novità, ha finito per essere utilizzata come “argine” al dilagare della creatività della Corte. Una creatività che avrebbe dovuto sempre trovare preciso ancoraggio nella Costituzione, potendosi le manipolazioni sui testi legislativi tollerare nei limiti in cui rese indispensabili dall’esigenza di garantire una soluzione normativa conforme a Costituzione che fosse, per così dire, “a portata di mano”, realizzabile, cioè, con un’integrazione dell’enunciato quasi immediatamente implicata dal parametro costituzionale evocato. Esigenza che peraltro avrebbe dovuto trovare sempre sostegno in una precisa indicazione del giudice *a quo* (principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato) e che avrebbe dovuto essere perseguita evitando fin tanto che fosse possibile la “demolizione” del testo, anche per contenere il rischio di ulteriori situazioni di incostituzionalità derivanti da eventuali vuoti normativi.

In un contesto giurisprudenziale sempre più dominato dall’idea dell’incostituzionalità come *extrema ratio*, come «fallimento dell’interpretazione»¹⁴, si afferma, sia pure in via sussidiaria, ove non sia possibile ricorrere alla decisione interpretativa di rigetto¹⁵, una sostanziale preferenza per addizioni o sostituzioni che siano in grado di evitare vuoti normativi. Si arriva persino a ritenere possibile il contenimento degli effetti retroattivi della decisione di incostituzionalità ove sia proprio la retroazione degli effetti a poter provocare una situazione di maggiore incostituzionalità (è il caso, per limitarsi a un esempio recente, della sent. n. 10 del 2015 sulla Robin Tax, che si propone come decisione *pro futuro*¹⁶).

Al riguardo, cosa c’è di nuovo sotto il sole? A me pare che si vada attenuando la “morsa” delle rime obbligate, almeno in un’ipotesi specifica, che è quella del mancato o inidoneo intervento legislativo a seguito del monito della Corte, non importa se espresso in pronuncia di inammissibilità o di rigetto. E come se la discrezionalità del legislatore sia divenuta limite “relativo” per l’intervento della Corte, superabile ove non vi sia stato “seguito” all’invito ad esercitarla in concreto.

¹² G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, 755 ss. Proprio Silvestri ha poi considerato la “supplenza” della Corte costituzionale rispetto alle “omissioni legislative” come un “*culpa felix*”: G. SILVESTRI, *Legge (controllo di costituzionalità)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, IX, Torino, 1994, 32.

¹³ Si vedano gli schemi proposti in A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, VI ed., Torino, 2019, in part. 205 e 215.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 257.

¹⁵ Ossia ove il testo non si presti a essere interpretato in modo tale da colmare la lacuna, che in tal caso sarebbe soltanto “apparente”.

¹⁶ Per una lettura in questa direzione della sent. n. 10 del 2015 rinvio a M. RUOTOLO – M. CAREDDA, *Virtualità e limiti della regolazione degli effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *Rivista di diritto tributario*, fasc. 11/2014, II, 476 ss., nonché in *Rivista telematica dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, fasc. 2/2015.

Esemplare è sul punto la recente sent. n. 222 del 2018, che interviene in un ambito, quello del trattamento sanzionatorio, senz'altro sinora dominato da un significativo *self restraint*¹⁷. La Corte giunge a una pronuncia sostitutiva che interessa il sistema delle pene accessorie dei delitti di bancarotta, sottolineando l'inerzia del legislatore rispetto ad un precedente monito e osservando di non potersi più ritenere nella specie vincolata «come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di “rime obbligate” nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima»¹⁸.

Non si tratta di pronuncia isolata, inserendosi piuttosto in un contesto giurisprudenziale che potrebbe ormai leggersi nei termini di un nuovo indirizzo della Corte. I principali riferimenti possono identificarsi, sia pure con rilevanti distinguo, nella sent. n. 236 del 2016 e nella sent. n. 40 del 2019.

La prima è una pronuncia sostitutiva che ha inciso sulla determinazione della pena edittale concernente il delitto di alterazione di stato mediante falso (art. 567, secondo comma, c.p.), nella quale si precisa che, pur spettando anzitutto al legislatore le valutazioni discrezionali di dosimetria della pena, non sussistono ostacoli all'intervento della Corte costituzionale ove le scelte sanzionatorie si siano rivelate manifestamente arbitrarie o irragionevoli e il sistema legislativo consenta l'individuazione di soluzioni, anche alternative tra loro, che siano tali da «riconduurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze»¹⁹. È

¹⁷ Ancorché, come sarà precisato più avanti nel testo, non manchino importanti novità al riguardo, esemplare da due sentenze “sostitutive” che hanno inciso sui minimi edittali stabiliti con riguardo a determinati reati (sentt. nn. 236 del 2016 e n. 40 del 2019).

¹⁸ La Corte ha così dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ult. comma, della legge fallimentare, nella parte in cui dispone che: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa *per la durata di dieci anni* l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità per la stessa durata ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa», anziché: «la condanna per uno dei fatti previsti dal presente articolo importa l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa *fino a dieci anni*». La ragione della incostituzionalità sta dunque nella fissità della pena accessoria. Questione analoga era stata però dichiarata inammissibile nella sent. n. 134 del 2012, per assenza di “rime obbligate”, ritenendosi necessario l'intervento del legislatore, cui la Corte rivolgeva il monito a «porre mano ad una riforma del sistema delle pene accessorie che lo renda pienamente compatibile con i principi della Costituzione, ed in particolare con l'art. 27, terzo comma, Cost.» La Corte supera ora la sua ritrosia ad entrare nel merito di questioni che attengono alla commisurazione della pena, proprio in ragione dell'intollerabile protrarsi dell'inerzia legislativa, nonché della «evoluzione in atto della stessa giurisprudenza costituzionale in materia di sindacato sulla misura della pena». «Tutto ciò in vista di una tutela effettiva dei principi e dei diritti fondamentali incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore, che rischierebbero di rimanere senza possibilità pratica di protezione laddove l'intervento di questa Corte restasse vincolato, come è stato a lungo in passato, ad una rigida esigenza di “rime obbligate” nell'individuazione della sanzione applicabile in luogo di quella dichiarata illegittima».

¹⁹ Questo passo è richiamato anche nella successiva sent. n. 233 del 2018, in tema di trattamento sanzionatorio riguardante il reato di contrabbando di tabacchi lavorati esteri, quando il «quantitativo eccede i dieci chilogrammi convenzionali» (art. 291-bis, primo comma, d.P.R. n. 43 del 1973, recante «Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale», c.d. TULD). Qui il richiamo è operato al solo fine di superare l'eccezione di inammissibilità delle questioni proposta dall'Avvocatura generale dello Stato, legata alla presunta assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata per colmare la lacuna che sarebbe conseguita all'eventuale ablazione specificamente richiesta dal rimettente (previsione della multa di cinque euro per ogni

però da rilevare che in questa pronuncia il punto di riferimento per la sostituzione del quadro edittale dichiarato incostituzionale appare particolarmente solido, essendo rinvenuto in fattispecie posta a tutela del medesimo bene giuridico («interesse del minore alla verità dell'attestazione ufficiale della propria ascendenza»), qual è quella di sostituzione di neonato, disciplinata al primo comma dello stesso art. 567 c.p.²⁰. In tal modo, la Corte non sovrappone, «dall'esterno, una dosimetria sanzionatoria eterogenea rispetto alle scelte legislative», ma «giudica “per linee interne”», entro «il perimetro conchiuso del medesimo articolo», «la coerenza e la proporzionalità delle sanzioni rispettivamente attribuite dal legislatore a ciascuna delle due fattispecie di cui di compone il reato di alterazione di stato».

Successivamente, come esemplato in particolare dalla richiamata sent. n. 222 del 2018 e dalla sent. n. 40 del 2019, la possibilità di intervento della Corte sulla misura delle sanzioni penali stabilite dal legislatore sembra ampliarsi notevolmente, essendo sufficiente che il sistema «nel suo complesso» offra «precisi punti di riferimento» e soluzioni che possano dirsi «già esistenti», ancorché non “costituzionalmente obbligate”, perché si possa pervenire alla “sostituzione” della «previsione sanzionatoria dichiarata illegittima»²¹.

Come precisato nella sent. n. 40 del 2019, «nel rispetto delle scelte di politica sanzionatoria delineate dal legislatore e ad esso riservate, occorre ... evitare che l'ordinamento presenti zone franche immuni dal sindacato di legittimità costituzionale proprio in ambiti in cui è maggiormente impellente l'esigenza di assicurare una tutela effettiva dei diritti fondamentali, tra cui massimamente la libertà personale, incisi dalle scelte sanzionatorie del legislatore». Ebbene, proprio la sent. n. 40 del 2019 sembra consentire di ritenere “consolidato” il nuovo orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla sent. n. 222 del 2018 (più che dalla sent. n. 236 del 2016) e soprattutto di confermare il rilievo qui proposto in ordine alla rilevanza del precedente

grammo convenzionale di prodotto eccedente i dieci chilogrammi). Per respingere tale eccezione, la Corte considerava sufficiente che il rimettente si sia fatto carico di individuare i riferimenti normativi necessari per colmare la lacuna conseguente all'eventuale accoglimento delle questioni, indicandoli nelle fattispecie di contrabbando doganale previste dagli artt. 282 a 291 del TULD. La Corte ritiene poi che le questioni siano infondate nel merito, trovando la differenziazione di regime motivazione nel diverso disvalore criminale che va ascritto ai diversi fenomeni delittuosi disciplinati dal TULD.

²⁰ Ancorché in precedente pronuncia (ord. n. 106 del 2007) la stessa Corte avesse ritenuto manifestamente infondata analoga questione, considerando non illegittimo il diverso trattamento delle distinte condotte descritte nei due commi dell'art. 567 c.p., pur trattandosi di fattispecie a tutela del medesimo bene giuridico: «nel caso del primo comma la condotta consiste in uno scambio materiale di neonati, mentre la fattispecie prevista dal secondo comma si realizza mediante la commissione di altro reato (quello di falso ideologico, che non concorre con quello di alterazione di stato), rivelando una più intensa carica criminosa, di tal che il principio di eguaglianza appare rispettato, avendo il legislatore trattato, dal punto di vista sanzionatorio, situazioni diverse in modo diverso».

²¹ Si veda, al riguardo, la *Relazione del Presidente Giorgio Lattanzi sull'attività svolta nel 2018*, Roma, Palazzo della Consulta, 21 marzo 2019, reperibile in www.cortecostituzionale.it, ove si sottolinea che «lo spazio di azione della Corte diviene così molto più ampio che in passato, giacché è certamente più agevole rinvenire, tra i molti possibili, l'adattamento normativo meno distante dalla logica di sistema, piuttosto che l'unico a essere prescritto dalla Costituzione. Nello stesso tempo la discrezionalità legislativa non risulta sacrificata, non solo perché se ne fa salvo il libero esercizio per il futuro, ma anche perché la Corte si trova in ogni caso a scegliere una disciplina normativa, per così dire di supplenza, tra quelle che il legislatore stesso ha costruito».

monito ai fini dell'attenuazione del limite della discrezionalità legislativa²². Anche in questo caso la Corte ricorre a una sentenza sostitutiva, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del d.P.R. n. 309 del 1990 (t.u. in materia di stupefacenti), «nella parte in cui in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anni *anziché* di sei anni». La pena minima edittale per i reati non lievi in materia di stupefacenti è considerata illegittima anche alla luce della considerazione del massimo della pena stabilito per i reati di «lieve entità» (quattro anni) e il riferimento ai sei anni viene tratto dalla previsione sanzionatoria riguardante i fatti «di confine», posti al margine delle due categorie di reati. La Corte si «sostituisce» in tal modo al legislatore, che pure, nel rispetto del principio di proporzionalità, potrà ben prevedere una diversa misura sanzionatoria, non essendo quella «introdotta» dalla Corte «opzione costituzionalmente obbligata». Ma il punto davvero rilevante della sent. n. 40 del 2019 sta nel rilievo dato al mancato seguito del monito contenuto in una precedente pronuncia, la sent. n. 179 del 2017, nella quale la Corte, chiamata a pronunciarsi su analoga questione, aveva deciso nel senso della inammissibilità proprio in ragione del rispetto della discrezionalità del legislatore, cui rivolgeva un pressante invito affinché procedesse «rapidamente a soddisfare il principio di necessaria proporzionalità del trattamento sanzionatorio, risanando la frattura che separa le pene previste per i fatti lievi e per i fatti non lievi dai commi 5 e 1 dell'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990», anche in considerazione «dell'elevato numero dei giudizi, pendenti e definiti, aventi ad oggetto reati in materia di stupefacenti». Ebbene, riproposta la questione ed essendo il monito rimasto «inascoltato», l'intervento del giudice delle leggi «non è ulteriormente differibile», tanto più che si verte in materia di «diritti fondamentali, che non tollerano ulteriori compromissioni»²³.

Per semplificare si potrebbe oggi dire: le «rime obbligate» giustificano un intervento «immediato» della Corte, ove realmente la lacuna incostituzionale possa da subito essere colmata senza invadere la sfera di discrezionalità del legislatore; al contempo, le «rime obbligate» impediscono alla Corte di intervenire subito, ove l'intervento legislativo si riveli indispensabile nella scelta delle diverse opzioni per colmare la lacuna incostituzionale; ma, in quest'ultimo caso – ed è qui la novità –, le «rime obbligate» non possono impedire alla Corte di intervenire sia pure in «seconda battuta», ove la questione torni alla sua attenzione a seguito di monito già rivolto al

²² Ulteriore conferma riceviamo dalla lettura della sent. n. 99 del 2019, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-ter, comma 1-ter, ordin. penit., «nella parte in cui non consente che la detenzione domiciliare «umanitaria» sia disposta anche nelle ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta». La Corte sottolinea di aver ripetutamente affermato, nella giurisprudenza più recente, che, «di fronte alla violazione di diritti costituzionali, non può essere di ostacolo all'esame nel merito della questione di legittimità costituzionale l'assenza di un'unica soluzione a «rime obbligate» per ricondurre l'ordinamento al rispetto della Costituzione». A tale considerazione di carattere generale, si accompagna il riferimento a una precedente pronuncia, nella quale, «preso atto dell'insoddisfacente trattamento riservato all'infermità psichica grave, sopravvenuta alla condanna», la Corte aveva già richiamato il legislatore a «trovare una equilibrata soluzione» che garantisca ai condannati affetti da patologie psichiche «la cura della salute mentale – tutelata dall'art. 32 della Costituzione – senza che sia eluso il trattamento penale» (sentenza n. 111 del 1996). A distanza di tanti anni, tale richiamo è rimasto inascoltato».

²³ Altro recente esempio di monito pronunciato in decisione di inammissibilità, seguito da sentenza di accoglimento conseguente alla presa d'atto dell'inerzia del legislatore, si trova nella sent. n. 88 del 2018, in tema di c.d. legge Pinto (la precedente pronuncia di inammissibilità era la sent. n. 30 del 2014).

legislatore affinché questi eserciti la sua discrezionalità, trovando una soluzione conforme a Costituzione per rimediare alla già rilevata lacuna²⁴. Ciò, in particolare, ove si verta in materia di diritti fondamentali²⁵.

3. Una nuova e più “stingente” forma di esercizio della funzione monitoria: l’ordinanza sul c.d. caso Cappato (ord. n. 270 del 2018)

In questo nuovo contesto, che si va delineando all’esito della presa di coscienza dell’insensibilità del legislatore ai moniti più o meno severi della Corte, può leggersi la innovativa pronuncia resa in sede di esame delle questioni sulla punibilità dell’aiuto al suicidio (c.d caso Cappato, ord. n. 207 del 2018)²⁶. Si tratta di ordinanza collegiale di rinvio della trattazione delle questioni

²⁴ Analoga situazione potrebbe determinarsi, ad esempio, ove torni alla Corte costituzionale la questione del rinvio facoltativo dell’esecuzione della pena (o dell’allargamento delle ipotesi di impiego della detenzione domiciliare) per l’ipotesi di sovraffollamento carcerario. Anche in quest’ambito c’è stato un incisivo monito, reso nella sent. n. 279 del 2013, cui è stato assicurato un seguito in grado di soddisfare l’esigenza di contenere il sovraffollamento solo in via transitoria (con l’applicazione di un istituto – la liberazione anticipata speciale – che ha garantito una deflazione carceraria limitata nel tempo). Ora che il sovraffollamento carcerario sembra ripresentarsi in termini numerici analoghi a quelli del periodo in cui fu resa la sent. n. 279 del 2013, non è da escludere che la Corte, ove nuovamente investita dalla questione, possa intervenire nel merito, ritenendo superato il limite “relativo” del rispetto della discrezionalità del legislatore.

²⁵ Che la discrezionalità del legislatore incontri un limite nella «doverosa conformazione alle statuizioni del giudice costituzionale» è stato peraltro riaffermato in una peculiare vicenda che riguarda la determinazione delle politiche finanziarie (sent. n. 6 del 2019). La peculiarità è data non soltanto dall’oggetto della questione, peraltro posta in sede di giudizio in via principale, ma anche dal precedente specifico rappresentato non già da un mero monito reso in pronuncia di inammissibilità o di rigetto ma da una decisione di accoglimento (sent. n. 154 del 2017). Il legislatore – scrive ora la Corte – dispone di una discrezionalità “limitata” dagli effetti delle sentenze della Corte costituzionale, alle quali deve dare attuazione tempestivamente dopo la pubblicazione della sentenza e comunque sia entro la prima manovra di finanza ad essa successiva.

Dopo diversi moniti al legislatore per rendere razionale e proporzionata la partecipazione delle Autonomie territoriali alla realizzazione degli obiettivi e al rispetto dei vincoli di finanza pubblica, si è infatti giunti alla dichiarazione di illegittimità costituzionale delle disposizioni della legge di bilancio dello Stato sulle relazioni finanziarie con la Regione autonoma Sardegna nel triennio 2018-2020. Si legge nella sent. n. 6 del 2019: «Questa Corte ha più volte messo in luce la peculiarità del diritto del bilancio, il quale regola una materia dinamica, in continuo divenire, ancor più accentuato dalle rapide trasformazioni dell’economia globalizzata, e ha quindi adeguato il proprio sindacato sulle leggi finanziarie a tale incompressibile scenario, in particolare elaborando il principio dell’equilibrio tendenziale o dinamico, inteso come indefessa prospettiva di adeguamento della ‘bilancia finanziaria’ verso un punto di armonica simmetria tra entrate e spese. Armonica simmetria che deve essere perseguita sia in sede legislativa, sia in sede amministrativa, secondo i canoni del nostro ordinamento. Per questo è stato già affermato il principio, secondo cui gli oneri conseguenti alle pronunzie di incostituzionalità adottate in *subiecta materia* possono essere traslati su esercizi successivi laddove quello in corso non consenta proficue rimodulazioni conformi all’art. 81 Cost. e agli altri precetti costituzionali di ordine finanziario (sentenze n. 188 del 2016 e n. 155 del 2015). E tuttavia le diacroniche rimodulazioni derivanti dalle pronunzie di questa Corte non possono essere rinviate *ad libitum*, ma devono essere adottate tempestivamente e comunque entro la prima manovra di finanza pubblica utile, perché altrimenti gli interessi costituzionalmente tutelati rimarrebbero nella sostanza privi di garanzia».

²⁶ Le questioni traggono origine dalla vicenda, piuttosto nota, che riguarda Fabiano Antoniani (conosciuto come dj Fabo), vittima di incidente stradale nel giugno del 2014, all’esito del quale riportò lesioni midollari, restando

all'udienza pubblica del 24 settembre 2019, con la quale la Corte, peraltro adottando lo schema tipico di redazione della sentenza, invita il legislatore a intervenire con specifico riguardo al caso di agevolazione del suicidio a favore di «persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli». «Si tratta di ipotesi – sottolinea la Corte – nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare». La Corte restringe così il perimetro della questione, rilevando come, «entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio» finisca per «limitare la libertà di autodeterminazione del malato

tetraplegico, cieco, non autonomo nella respirazione, nell'alimentazione e nell'evacuazione, pur mantenendo intatte le facoltà intellettive e la sensibilità al dolore. A fronte di acute sofferenze, nella primavera del 2016 dj Fabo decise di porre fine alla propria vita. Entrò successivamente in contatto con l'Associazione Luca Coscioni e conobbe l'esponente radicale Marco Cappato, il quale, nel corso di uno degli incontri, gli rappresentò la possibilità di realizzare il suo proposito attraverso l'interruzione della respirazione e della alimentazione artificiali (in forza della legge n. 219 del 2017), sottoponendosi contestualmente a sedazione profonda. La soluzione non fu accolta da dj Fabo (peraltro non dipendente completamente dal respiratore), presumibilmente in ragione della esposizione a lenta agonia, che anche i suoi cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo. Dj Fabo decise pertanto di recarsi in Svizzera presso la clinica dell'Associazione Dignitas ove si pratica l'assistenza al suicidio. Nel febbraio del 2017 dj Fabo venne accompagnato in Svizzera con autovettura guidata da Cappato e predisposta per il trasporto con carrozzina (insieme a lui, la madre, la fidanzata e la madre di quest'ultima). Presso la clinica furono nuovamente verificate le condizioni di salute, il consenso e la capacità di assumere in via autonoma il farmaco letale. Il 27 febbraio 2017 dj Fabo morì, dopo aver azionato con i denti lo stantuffo che ha iniettato nelle sue vene il farmaco per porre fine alla sua vita (pentobarbital). Al rientro in Italia, Cappato si autodenunciò ai Carabinieri di Milano. Si aprì così la fase delle indagini, a chiusura delle quali la Procura della Repubblica di Milano chiese l'archiviazione, ritenendo non punibile Cappato alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p., in subordine proponendo che fosse sollevata questione di legittimità costituzionale su tale disposizione. Il Giudice per le indagini preliminari, non accogliendo le richieste della Procura, ha disposto la c.d. imputazione coatta (art. 409, comma 5, c.p.p.), essendo così Cappato chiamato a rispondere dinanzi alla Corte d'assise di Milano del reato di cui all'art. 580 c.p. La contestazione riguardava, anzitutto, il presunto rafforzamento dell'intento suicida di dj Fabo, concretizzatosi attraverso le seguenti condotte: a) prospezzazione della possibilità di ottenere assistenza al suicidio presso la sede della Associazione Dignitas; b) messa in contatto dei familiari della vittima con la predetta Associazione; c) fornitura di materiale informativo. Altra contestazione riguardava l'agevolazione del suicidio compiuta attraverso il trasporto in auto della vittima presso la clinica dell'Associazione Dignitas. La Corte d'assise di Milano, all'esito di istruzione dibattimentale, ha escluso che Cappato avesse rafforzato il proposito di suicidio di dj Fabo, avendo piuttosto posto in essere la contestata condotta di accompagnamento della vittima presso la clinica svizzera. Tale condotta integrerebbe l'ipotesi di reato dell'agevolazione al suicidio ai sensi dell'art. 580 c.p. Sul predetto articolo si appuntano le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla predetta Corte, che si articolano su due distinti profili: a) da un lato si lamenta che l'art. 580 c.p. incrimini anche le condotte di aiuto al suicidio che non abbiano contribuito a determinare o a rafforzare il proposito della vittima (a prescindere da ogni riferimento alle condizioni personali del soggetto passivo e alle ragioni del suo gesto), evocando i parametri di cui agli artt. 2, 13, primo comma, e 117, primo comma (in relazione agli artt. 2 e 8 CEDU), Cost.; b) dall'altro lato si contesta il trattamento sanzionatorio riservato a tali condotte, punite con la medesima, severa, pena prevista per le più gravi condotte di istigazione, evocando i parametri di cui agli artt. 3, 13, 25, secondo comma, e 27, terzo comma, Cost.

nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost.»²⁷.

A venire in rilievo, con riguardo al merito della delicata questione, è l'esigenza, ben sottolineata dalla dottrina penalistica, di evitare in via generale che il soggetto prenda decisioni in suo danno. Non potendosi colpire direttamente l'interessato, la legge penale gli crea intorno una "cintura protettiva", al dichiarato fine di impedire che terzi cooperino con lui²⁸. Ci si muove all'interno del delicato crinale tra paternalismo e liberalismo penale²⁹, con una soluzione legislativa che porta a considerare penalmente rilevante l'agevolazione al suicidio, in quanto condizione per la realizzazione dell'evento. Il nocciolo della questione sta però nella mancata esplicita esclusione dal novero del penalmente rilevante dell'ipotesi della condotta di aiuto al suicidio che, al ricorrere di determinate condizioni sopra richiamate, si traduca nei termini di mera attuazione di richiesta di chi abbia effettuato la scelta liberamente e consapevolmente. Fino a che punto può spingersi il "paternalismo penale indiretto" sotteso alla prevista punibilità del delitto di aiuto al suicidio (art. 580 c.p.)?

C'è chi, in più occasioni e anche in sede di commento all'ord. n. 207, si è spinto sino a delineare un presunto «dovere di vivere», come espressione del valore della solidarietà³⁰. Avrei molte riserve su questa costruzione, che finisce per giustificare un assorbente, quasi tiranno, "paternalismo penale indiretto", sulla base di una costruzione ideologica che, di là dalla mancata condivisione soggettiva – fondata anzitutto su un'elementare esigenza di rispetto per le decisioni estreme compiute dal singolo in situazioni drammatiche³¹ –, non mi pare trovare un fondamento solido negli enunciati costituzionali³². Se vi fosse un «dovere di vivere», anche il

²⁷ Così prosegue la Corte nel punto 9 del *Considerato in diritto*: «imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza in rapporto alle diverse condizioni soggettive (art. 3 Cost.: parametro, quest'ultimo, peraltro non evocato dal giudice a quo in rapporto alla questione principale, ma comunque sia rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana)».

²⁸ G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro It.*, 2009, 227 ss.

²⁹ Di nuovo G. FIANDACA, *loc. ult. cit.*

³⁰ A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)*, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, 21 febbraio 2019, fasc. I/2019, p. 94.

³¹ Altro è rilevare che il suicidio sia comunque un disvalore giuridicamente tollerato, un atto comunque sia avversato dall'ordinamento, come si evince anche dalla lettura delle disposizioni che puniscono l'aiuto o l'istigazione al suicidio (F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, Padova, 2016, 128).

³² Cosa diversa è ricavare dall'art. 2 Cost. il «dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo», come fa la Corte nel punto 5 del *Considerato in diritto* dell'ord. n. 207 del 2018, precisando, altresì, che non discende direttamente dalla medesima disposizione costituzionale un dovere di «riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire», quale espressione di un «vero e proprio diritto a morire» (che non potrebbe dirsi nemmeno garantito dall'art. 2 CEDU, rubricato «Diritto alla vita», come affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 29 aprile 2012, *Pretty contro Regno Unito*). A venire in rilievo potrebbe essere piuttosto l'art. 8 CEDU (diritto di ciascun individuo al rispetto della propria vita privata), in nome del quale – salvo il bilanciamento con interessi e diritti contrapposti – deve ritenersi riconosciuta all'individuo una sfera di autonomia nelle decisioni che coinvolgono il proprio corpo. Il «diritto di ciascuno di decidere come e in quale momento debba avere fine la propria vita, sempre che si tratti di persona capace di prendere una decisione libera e di agire in

tentativo di suicidio dovrebbe essere penalmente sanzionato. È troppo facile, ma fuorviante, ribaltare il ragionamento: il fatto che non si possa pervenire ad affermare un assoluto diritto al suicidio starebbe a confermare che esiste un «dovere di vivere»³³. Addirittura la Corte avrebbe nell'ord. n. 207 avallato la configurazione del suicidio come diritto costituzionale, convertendolo innaturalmente da «libertà materiale», nel momento in cui sottolinea la discriminazione che la disciplina attuale determinerebbe tra coloro che sono in grado di porre da sé fine sé alla propria esistenza e coloro che sono invece incapaci di farlo³⁴. Addirittura si tratterebbe di «una torsione complessivamente operata a danno della vita e della sua innaturale conversione nel suo opposto»³⁵! La dignità sarebbe riguardata come sinonimica di autodeterminazione e persino confusa con la «qualità della vita». Nella ricostruzione di Ruggeri, l'autodeterminazione, che è senz'altro un diritto, incontra, invece, il limite invalicabile nella «coppia vita-dignità»³⁶, non potendosi mai tollerare forme di eutanasia attiva che il provvedimento della Corte sembrerebbe al contrario auspicare³⁷.

conformità a tale decisione, è uno degli aspetti del diritto alla vita privata riconosciuto dall'art. 8 CEDU», come ci ricorda la Corte costituzionale richiamando, tra l'altro, due decisioni della Corte EDU riguardanti la Svizzera (sentenza 20 gennaio 2011, Haas contro Svizzera; sentenza 14 maggio 2013, Gross contro Svizzera). Ciò non significa, però, che gli Stati siano privati in tale ambito di un «ampio margine di apprezzamento», non potendo le incriminazioni generali di aiuto al suicidio ritenersi in sé contrarie alla CEDU, specie ove abbiano finalità di protezione delle persone deboli e vulnerabili (come di nuovo ricorda la Corte costituzionale nell'ord. n. 207 del 2018, richiamando la già citata sentenza della Corte EDU, Pretty contro Regno Unito).

³³ Sul fronte opposto a quello disegnato da Ruggeri si colloca l'altrettanto non condivisa opinione per cui il suicidio potrebbe essere considerato una libertà costituzionale (in base agli artt. 2 e 13 Cost.), essendo la vita umana tutelata come diritto e non come dovere. In argomento v.: F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in C. M. MAZZONI (a cura di), *Una norma giuridica per la bioetica*, Bologna, 1998, 272 ss.; L. STORTONI, *Riflessioni in tema di eutanasia*, in S. CANESTRARI, G. CIMBALO, G. PAPPALARDO (a cura di), *Eutanasia e diritto. Confronto tra discipline*, Torino 2003, 90. Anche questa tesi, condotta nella sua portata applicativa alle estreme conseguenze, rivela i suoi limiti, di nuovo ben evidenziati dalla dottrina penalistica almeno con riguardo alla posizione del «soccorritore» dell'aspirante suicida che incorrerebbe nel delitto di violenza privata per il caso di salvataggio (addirittura l'omicidio o la lesione del soccorritore ad opera dell'aspirante suicida potrebbe dirsi scriminata per legittima difesa: v., tra gli altri, S. SEMINARA, *La dimensione del corpo nel diritto penale*, in *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, a cura di S. CANESTRARI, G. FERRANDO, C.M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI, II, Milano, 2011, 196; S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015, 63 ss.).

³⁴ A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali*, cit., 97. Al contrario, com'è stato ben sottolineato, questa discriminazione appare senz'altro irrazionale, dipendendo da una causa accidentale, ossia dal tipo di malattia della quale si soffre: C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2018, 4. La questione potrebbe essere riassunta così: è razionale consentire una morte rapida a chi, affetto da patologia irreversibile, possa ottenerla rinunciando al trattamento salvavita e ricorrendo a sedazione profonda (secondo quanto previsto dalla legge n. 219 del 2017) e non a chi, a parità di condizioni o magari in situazione di sofferenza anche maggiore, abbia bisogno di un intervento non meramente interruttivo per non esporsi a prolungati e intollerabili dolori fisici o psicologici?

³⁵ A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali*, cit., 98.

³⁶ A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali*, cit., 102. Si veda anche, dello stesso Autore, *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta OnLine*, www.giurcost.org, Studi, II, 2018, 392 ss.

³⁷ A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali*, cit., 106.

Non mi pare proprio che le cose stiano così, che in particolare la Corte abbia avallato la configurazione del suicidio come diritto costituzionale e confuso la dignità con l'autodeterminazione o con la «qualità della vita». Non a caso, dopo aver affermato che «dall'art. 2 Cost. – non diversamente che dall'art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo» e «non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire» (quale espressione di un «vero e proprio diritto a morire»), la Corte scrive chiaramente che l'assetto normativo che sanziona le condotte di concorso nel suicidio altrui non è di per sé contrastante con la Costituzione (con gli artt. 2 e 13, in particolare)³⁸. Il problema sta piuttosto nella *assolutezza* del divieto, nella mancata considerazione della specifica ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni analiticamente descritte nella decisione (ossia quelle nelle quali si trovava dj Fabo)³⁹, per la quale si rivela necessaria una disciplina legale⁴⁰. Un intervento normativo che richiede l'esercizio di scelte discrezionali che interessano, «ad esempio, le modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto», «l'eventuale riserva esclusiva di tali trattamenti al servizio sanitario nazionale», la possibilità di una «obiezione di coscienza del personale sanitario coinvolto nella

³⁸ «L'incriminazione dell'istigazione e dell'aiuto al suicidio – rinvenibile anche in numerosi altri ordinamenti contemporanei – è, in effetti, funzionale alla tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere» (punto 6 del *Considerato in diritto*).

³⁹ «Se, infatti, il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva, almeno sul piano naturalistico, da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo *assoluto*, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale» (punto 9 del *Considerato in diritto*). Questione in parte analoga è stata affrontata venti anni fa dal Tribunale costituzionale colombiano, in una decisione nella quale si afferma che lo Stato non può opporsi alla decisione dell'individuo che non vuole continuare a vivere e che chiede un aiuto per morire, quando affetto da patologia incurabile che provoca dolori insopportabili, incompatibili con la propria idea di dignità (sent. C-239 del 1997).

⁴⁰ Vero è che i malati irreversibili esposti a gravi sofferenze rientrano tra le persone vulnerabili che meritano particolare tutela, ma «se chi è mantenuto in vita da un trattamento di sostegno artificiale è considerato dall'ordinamento in grado, a certe condizioni, di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza tramite l'interruzione di tale trattamento, non si vede perché il medesimo soggetto debba essere ritenuto viceversa bisognoso di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà quando si discuta della decisione di concludere la propria esistenza con l'aiuto di altri, quale alternativa reputata maggiormente dignitosa alla predetta interruzione» (punto 9 del *Considerato in diritto*).

procedura»⁴¹. Bilanciamenti “delicati” che non possono che essere affidati, «in linea di principio», al Parlamento⁴². E che, appunto, hanno indotto all’impiego di una particolare e innovativa tecnica decisoria.

⁴¹ In questa parte della motivazione (punto 10 del *Considerato in diritto*), la Corte insiste sulla necessità di una regolazione della materia, rilevando come la sede della stessa potrebbe anche essere (non già quella dell’art. 580 cod. pen., bensì) quella della legge n. 219 del 2017, che attualmente disciplina le condizioni per il rifiuto di trattamenti sanitari c.d. salvavita con possibilità di ricorso a sedazione profonda. Un tale “inserimento” sarebbe conforme allo «spirito» della legge n. 219 del 2017, potendosi inscrivere «nel quadro della “relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico”, opportunamente valorizzata dall’art. 1 della legge medesima». Dalla lettura dell’intera frase nella quale si propone l’auspicato “inserimento” non può escludersi che lo stesso possa persino tradursi nella previsione di una partecipazione attiva del personale medico (o infermieristico) estesa alla “somministrazione” diretta del farmaco letale al paziente, restando questa un’opzione rimessa al legislatore (diversamente da quanto previsto, ad esempio, in Svizzera, ove è il paziente a materialmente procedere alla “assunzione” del farmaco, con diverse possibili modalità, che il medico o l’infermiere si limitano a preparare). Ciò in quanto la Corte parla di «disciplina delle condizioni di attuazione della decisione di taluni pazienti di liberarsi delle proprie sofferenze ... anche a traverso la *somministrazione* di un farmaco atto a provocare rapidamente la morte». A essere rigorosi – ma direi meglio a seguire un formalismo esasperato che prescinde dal contesto nel quale il termine è impiegato – si potrebbe sostenere che la Corte abbia indicato la via della “somministrazione” diretta da parte del medico (o dell’infermiere) quale strada che il legislatore è chiamato a seguire, senza preoccuparsi del fatto che in tal modo l’intervento legislativo inciderebbe sulla diversa fattispecie dell’omicidio del consenziente (art. 579 c.p.). Il fraintendimento potrebbe nascere dal fatto che la “somministrazione” allude nel linguaggio comune a un rapporto di alterità tra chi riceve e chi porge (o somministra, appunto) qualcosa (nella specie, il farmaco letale). A me non sembra proprio, tuttavia, che tale passaggio precluda la possibilità che il legislatore opti per la soluzione esclusiva dell’“assunzione” da parte del paziente stesso del farmaco da altri preparato (peraltro nei limitati casi ai quali si allude nell’ordinanza), pur non potendosi escludere che sia il legislatore a consentire una “somministrazione” diretta da parte del personale medico o infermieristico (con la necessità, semmai, in tal caso, di conciliare la “novità” con le prescrizioni deontologiche relative a tali professioni). Ciò che sembra da escludere radicalmente, alla luce di una lettura complessiva della motivazione, è che la Corte abbia confuso due fattispecie diverse, quali sono quelle previste, rispettivamente, dagli artt. 579 e 580 c.p.; semmai potrà essere il legislatore, intervenendo nella sede della legge n. 219 del 2017, a legittimare la “somministrazione” del farmaco letale da parte di terzi (medico o infermiere), incidendo così in via indiretta sull’art. 579 c.p. (nel cui novero non potrebbero consequenzialmente essere più compresi i comportamenti resi eventualmente legittimi). Ma – ripeto – non mi sembra questo sia il “suggerimento” della Corte, la quale, nell’escludere senz’altro una legittimazione generalizzata di pratiche eutanasiche, sembra proprio voler contenere il possibile ricorso a forme di eutanasia attiva. Forse, al fine di evitare fraintendimenti e nello spirito dell’ordinanza, sarebbe stato più appropriato l’uso del termine “assunzione” piuttosto che “somministrazione” riferito al possibile impiego del farmaco letale.

⁴² Significativo è il richiamo operato alla sent. 25 giugno 2014, Nicklinson e altri, [2014] UKSC 38, in materia di assistenza al suicidio, nella quale la maggioranza dei giudici ritenne «istituzionalmente inappropriato per una corte, in questo momento, dichiarare che [la disposizione allora oggetto di scrutinio] è incompatibile con l’art. 8 [CEDU]», senza dare al Parlamento l’opportunità di considerare il problema. La Corte costituzionale ricorda come in quell’occasione i supremi giudici inglesi sottolinearono «che una anche solo parziale legalizzazione dell’assistenza al suicidio medicalmente assistito rappresenta una questione difficile, controversa ed eticamente sensibile, che richiede un approccio prudente delle corti; e aggiunsero che una simile questione reclama una valutazione approfondita da parte del legislatore, che ha la possibilità di intervenire – in esito a un *iter* procedurale nel quale possono essere coinvolti una pluralità di esperti e di portatori di interessi contrapposti – dettando una nuova complessiva regolamentazione della materia di carattere non penale, comprensiva di uno schema procedurale che consenta una corretta applicazione ai casi concreti delle regole così stabilite. Il tutto in un contesto espressamente definito “collaborativo” e “dialogico” fra Corte e Parlamento» (punto 11 del *Considerato in diritto*).

Tornando a quest'ultimo aspetto, che è quello che qui maggiormente interessa, mi pare che meriti di essere enfatizzato il punto della motivazione ove la Corte precisa che sinora, «in situazioni analoghe a quella in esame», ha «dichiarato l'inaammissibilità della questione sollevata, accompagnando la pronuncia con un monito al legislatore affinché provvedesse all'adozione della disciplina necessaria al fine di rimuovere il *vulnus* costituzionale riscontrato». Ma tale tecnica decisoria ha l'effetto di lasciare in vita la normativa non conforme a Costituzione, la quale potrà essere sanzionata con la dichiarazione di incostituzionalità, nel caso di inerzia legislativa, solo ove la questione venga riproposta all'attenzione della Corte. Secondo la Corte, per le peculiari caratteristiche del caso in esame «un simile effetto non può considerarsi consentito». In sostanza, la Corte, trattenendo presso di sé la questione e dunque lasciando in sospeso la definizione del giudizio *a quo*, chiede al legislatore di procedere tempestivamente⁴³, riservandosi altrimenti di intervenire in modo più penetrante di quanto il rispetto della discrezionalità del legislatore non consenta ordinariamente. Il che potrebbe voler dire – come la maggior parte della dottrina ha ritenuto – che la questione potrà essere accolta con una manipolazione del testo piuttosto intensa⁴⁴, ben al di là delle “rime obbligate”. Ma il che potrebbe anche voler dire che la questione possa essere risolta con una sentenza interpretativa di rigetto che “allenti” – in virtù del precedente monito – la resistenza che la lettera della disposizione censurata sembra opporre a una lettura costituzionalmente orientata dalla stessa⁴⁵, che

⁴³ Sul punto la Corte costituzionale sottolinea come «la soluzione ora adottata si fa carico, in definitiva, di preoccupazioni analoghe a quelle che hanno ispirato la Corte Suprema canadese, allorché ha dichiarato, nel 2015, l'illegittimità costituzionale di una disposizione penale analoga a quella ora sottoposta allo scrutinio, nella parte in cui tale disposizione proibiva l'assistenza medica al suicidio di una persona adulta capace che abbia chiaramente consentito a por fine alla propria vita, e che soffra di una patologia grave e incurabile che provoca sofferenze persistenti e intollerabili. In quell'occasione, i supremi giudici canadesi stabilirono di sospendere per dodici mesi l'efficacia della decisione stessa, proprio per dare l'opportunità al parlamento di elaborare una complessiva legislazione in materia, evitando la situazione di vuoto legislativo che si sarebbe creata in conseguenza della decisione (Corte Suprema del Canada, sentenza 6 febbraio 2015, *Carter contro Canada*, 2015, CSC 5)» (punto 11 del *Considerato in diritto*).

⁴⁴ Cfr. M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, www.questionegiustizia.it, 19 novembre 2018. Il Presidente Lattanzi, nella citata *Relazione* riguardante l'attività della Corte nell'anno 2018, ha qualificato la tecnica decisoria impiegata come di «incostituzionalità prospettata» (p. 12).

⁴⁵ L'ipotesi di una decisione che consentisse un'interpretazione restrittiva dell'art. 580 c.p. era già stata avanzata con diverse sfumature da: U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018, 179; S. BARBARESCHI, *Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: le strade a disposizione della Corte*, in *federalismi.it*, www.federalismi.it, 9 maggio 2018; P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, fasc. 5/2017, 385; A. CONTINIELLO – G. F. POGGIALI, *Il delitto di istigazione o aiuto al suicidio nell'ordinamento italiano e sovranazionale*; in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 19; M. E. DE TURA, *I principio di autodeterminazione e la tutela della vita umana: esiste un diritto a morire?*, in *Osservatorio costituzionale*, www.osservatoriocostituzionale.it, 3/2017, 15; P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale sul caso Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 22 maggio 2018, 27; G. M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità del morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cassazione Penale*, 2018, 2302 ss.; A. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegit-*

porti ad escludere la configurabilità del reato ove il suicida “agevolato” versi nelle condizioni analiticamente descritte nell’ord. n. 207, ossia in quelle di dj Fabo⁴⁶. In entrambi i casi il monito contenuto nell’originale ordinanza di rinvio della trattazione della questione legittimerebbe la Corte a fare ciò che ordinariamente non potrebbe fare o meglio a fare ciò che non avrebbe potuto direttamente fare pronunciandosi subito in via definitiva⁴⁷.

Ma è certo che, in caso di protratta inerzia, la discrezionalità del legislatore non potrà essere invocata come causa di inammissibilità della presente questione e che al rilevato *vulnus* costituzionale potrà in tale ipotesi rimediare la Corte, come si è già sostenuto, con una pronuncia interpretativa di accoglimento (probabilmente nella forma della sentenza additiva) o con una decisione interpretativa di rigetto (che consenta di ricavare dal testo una norma conforme a

timità costituzionale dell’aiuto al suicidio?, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 14 giugno 2018, 21; F. PARUZZO, *Processo Cappato, tra diritto di morire e reato di aiuto al suicidio. La questione è rimessa alla Corte costituzionale*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 16 aprile 2018, 14; C. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1/2017, 317; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”? Sulla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano d’altri”*, in *BioLaw*, 3/2018, 13. Chiara la propensione per l’accoglimento della questione nel contributo di M. D’AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l’istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 11.

⁴⁶ Si tratta della soluzione preconizzata dalla Procura della Repubblica di Milano e posta a fondamento della richiesta di archiviazione del procedimento a carico di Cappato. È necessario precisare che tale soluzione non è preclusa dall’affermazione contenuta nel punto 2 del *Considerato in diritto* dell’ord. n. 207 del 2018, ove la Corte – al solo fine di respingere l’eccezione di inammissibilità delle questioni, formulata dall’Avvocatura generale dello Stato, «perché finalizzate a conseguire un avallo interpretativo e non precedute dal doveroso tentativo di interpretazione conforme a Costituzione della disposizione denunciata» – ha ritenuto che «il tenore letterale della disposizione» non consenta un’interpretazione tale da pervenire a una soluzione per cui «la condotta di agevolazione sia punibile solo se generativa o rafforzativa dell’intento suicida». Oltre al fatto che tale rilievo interessa esclusivamente i poteri del giudice *a quo* (che non potrebbe direttamente pervenire a tale soluzione, che si tradurrebbe in una «interpretatio abrogans») e non quelli della Corte costituzionale (sull’evoluzione della giurisprudenza costituzionale quanto alle condizioni che determinano il venir meno dell’onere dell’interpretazione conforme, lasciando il passo all’incidente di costituzionalità, v. *retro* nota 6), giova precisare che l’interpretazione “esclusa” sarebbe comunque sia quella che considera l’aiuto punibile solo se determina o rafforza il proposito del suicidio, non già quella, avente un perimetro assai più limitato, che porterebbe a escludere la configurabilità del reato ove il suicida “agevolato” versi in condizioni analoghe a quelle di dj Fabo.

⁴⁷ Al riguardo ben si può enfatizzare la frase di apertura del punto 10 del *Considerato in diritto*, in particolare l’inciso «*almeno allo stato*». È solo “allo stato” che la Corte ritiene di non poter rimediare alla situazione di incostituzionalità, non escludendo, anzi forse implicitamente affermando, che potrà farlo, nelle modalità che ho indicato nel testo, una volta “scaduto” inutilmente il “termine” di fatto dato al legislatore. Giova riportare per intero la frase della Corte: «Al riscontrato *vulnus* ai principi sopra indicati, questa Corte ritiene, peraltro, di non poter porre rimedio, almeno allo stato, a traverso la mera estromissione dall’ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l’aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte». Resta fermo, dal mio punto di vista, che quella «estromissione dall’ambito applicativo della disposizione penale» della specifica ipotesi di aiuto prestato a soggetti che versino in condizioni analoghe a quelle di dj Fabo potrà essere realizzata anche attraverso un’interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 580 c.p., soluzione ritenuta non possibile soltanto “allo stato” (ossia in prima battuta, senza aver dato al legislatore la possibilità di intervenire).

Costituzione con riguardo alla specifica situazione presa in considerazione, escludendo la punibilità dell'aiuto al suicidio a favore di soggetti che versino in condizioni analoghe a quelle di dj Fabo).

Quella impiegata con l'ord. n. 207 del 2018 è insomma una tecnica decisoria che presenta notevoli spunti di interesse nella ricerca di soluzioni equilibrate che consentano alla Corte di trovare un adeguato temperamento tra l'esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore e la necessità di non abdicare per tale ragione al compito di rendere giustizia costituzionale⁴⁸, permettendo, fin dove è possibile, di assicurare una sempre maggiore conformità a Costituzione del sistema normativo⁴⁹.

4. Per l'inveramento del principio di legittimità costituzionale: evitare situazioni di maggiore incostituzionalità, assicurare una “situazione normativa” conforme a Costituzione, “rendere giustizia” costituzionale

Vengo a una rapida notazione conclusiva su quelli che, soffermandomi in particolare sull'ord. n. 207 del 2018, ho definito come profili evolutivi con riguardo alle tecniche decisorie della Corte costituzionale.

Per inquadrarli in modo compiuto si dovrebbe estendere l'ambito della nostra riflessione sotto il profilo sia temporale sia spaziale. Sotto il profilo temporale, si tratterebbe di riprendere le riflessioni dei “classici” sul ruolo e le funzioni possibili dei tribunali costituzionali, almeno a

⁴⁸ Si è al riguardo parlato, con toni che sembrano davvero eccessivi, di forzatura al «piano delle tecniche decisorie» (A. RUGGERI, *Fraintendimenti concettuali*, cit., 92). Ma questo presunto “piano” non è altro che il frutto di elaborazioni dottrinarie costruite ormai sulle evoluzioni della giurisprudenza, come tali suscettibili di essere superate o integrate da ulteriori sviluppi pretori. Giova ricordare che se ci si fermasse alla lettura del dato costituzionale si dovrebbe coerentemente concludere che le uniche pronunce ivi previste siano quelle di accoglimento, occupandosi l'art. 136 dei soli effetti delle decisioni di incostituzionalità peraltro tradotti negli equivoci termini della “cessazione di efficacia” della norma dichiarata illegittima. A voler stare alla lettera si dovrebbe persino ritenere che le sole decisioni da pubblicare e da comunicare alle Camere e ai Consigli regionali siano quelle di accoglimento. Sembra inutile insistere su quanto vi sia di antistorico in una tale sia pur astrattamente possibile lettura.

⁴⁹ È noto che in altri sistemi questo obiettivo è perseguito anche riconoscendo al Tribunale costituzionale il potere di modulare gli effetti temporali delle sue decisioni. Non essendo qui possibile fornire un quadro di tipo comparato (rinvio per qualche cenno al mio *La dimensione temporale*, cit., 301 ss.), mi limito a richiamare le sentenze tedesche di mera incompatibilità (*Unvereinbarkeitserklärung*), considerate peraltro come «modello» al quale la Corte si sarebbe rifatta per adottare questa «ordinanza ad incostituzionalità differita» (M. BIGNAMI, *Il caso Capato*, cit., § 3). Si tratta di decisioni, nate in via pretoria e poi disciplinate dal legislatore tedesco, con le quali il Tribunale costituzionale può dichiarare una legge incompatibile con la Costituzione, ma non nulla, sospendendo di solito l'applicazione della legge nelle more del necessario intervento parlamentare, per il quale è stabilito un termine (il Tribunale può anche stabilire l'applicazione temporanea della legge dichiarata incompatibile o introdurre una sorta di normativa transitoria in attesa dell'intervento legislativo). La sentenza di *Unvereinbarkeit* fa dunque nascere una sorta di obbligo per il legislatore di miglioramento della legge (*Nachbesserungspflicht*), un dovere di riforma proprio per assicurare una maggiore conformità a Costituzione della disciplina oggetto della pronuncia. Per una recente valutazione comparativa sulle modalità di azione della Corte costituzionale italiana e del Tribunale costituzionale tedesco si vedano A. VON BOGDANDY – D. PARIS, *Building Judicial Authority: A Comparison Between the Italian Constitutional Court and the German Federal Constitutional Court*, in *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, Research Paper No 2019-01, www.mpil.de.

partire dal dibattito tra Kelsen e Schmitt⁵⁰, con qualche incursione anche nelle riflessioni proposte in seno alla nostra Assemblea costituente. Sotto il profilo spaziale, occorrerebbe riflettere sul fatto che il maggiore interventismo della Corte di oggi – addirittura quello che potrebbe essere definito come una sorta di ri-accentramento del giudizio costituzionalità – trova in parte giustificazione nella necessità di recuperare il ruolo di giudice dei diritti, messo in discussione dalla compresenza di diverse Corti che, a diversi livelli, finiscono per occuparsi di una materia *lato sensu* costituzionale (è il tema assai indagato del costituzionalismo multilivello e del rapporto tra Corti nazionali, Corte Edu e Corte di Giustizia specie sul piano della tutela dei diritti)⁵¹. Al fondo anche la questione delle tecniche decisorie, delle ragioni sottese alla loro evoluzione, può ricondursi all'antica questione del come conciliare il principio della preminenza della legge, espressione della volontà di un organo dotato di legittimazione popolare per effetto dell'elezione da parte dei cittadini, con l'esigenza di garantire la superiorità della Costituzione. La kelseniana necessità di un eterocontrollo credo non possa essere seriamente messa in discussione, anche se la schmittiana preoccupazione per cui la Corte potrebbe trasformarsi in una sorta di legislatore costituzionale non può essere sottovalutata. Una preoccupazione presente anche in Assemblea costituente in un noto discorso di Togliatti che definiva la Corte una «bizzarria», «un organo che non si sa cosa sia e grazie all'istituzione del quale illustri cittadini

⁵⁰ Chiaro è il riferimento alle opere di H. Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (1930-31), tr. it. *Chi deve essere il custode della costituzione?*, in Id., *La giustizia costituzionale*, a cura di A. Geraci, Milano, 1981, e di K. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (1931), tr. it. *Il custode della costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981.

⁵¹ Esemplare è la sent. n. 269 del 2017, che ha riportato nel giudizio accentrato di costituzionalità il sindacato sulle norme interne che si pongano in potenziale contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE). Secondo quando confermato anche dalla successiva sent. n. 20 del 2019, la Corte ha precisato che «i principi e i diritti enunciati nella CDFUE intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri), e che la prima costituisce pertanto «parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale»». Quando una legge che incide sui diritti fondamentali della persona sia oggetto di dubbi, sia sotto il profilo della sua conformità alla Costituzione, sia sotto il profilo della sua compatibilità con la CDFUE – fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione europea – «va preservata l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes* di questa Corte, in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.), precisando che, in tali fattispecie, la Corte costituzionale giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni, ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), comunque secondo l'ordine che di volta in volta risulti maggiormente appropriato». Come ulteriormente precisato nella sent. n. 63 del 2019, laddove «sia stato lo stesso giudice comune a sollevare una questione di legittimità costituzionale che coinvolga anche le norme della Carta, questa Corte non potrà esimersi, eventualmente previo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, dal fornire una risposta a tale questione con gli strumenti che le sono propri: strumenti tra i quali si annovera anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione ritenuta in contrasto con la Carta (e pertanto con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.), con conseguente eliminazione dall'ordinamento, con effetti *erga omnes*, di tale disposizione». Da ultimo si veda anche l'ord. n. 117 del 2019, che sembra peraltro confermare come non vi sia priorità assoluta per l'incidente di costituzionalità rispetto alla proposizione di questione pregiudiziale alla Corte di giustizia ove il giudice comune si trovi a dovere utilizzare disposizioni che si pongano in potenziale contrasto sia con la CDFUE sia con la Costituzione.

verrebbero ad essere collocati al di sopra di tutte le Assemblee e di tutto il sistema del Parlamento e della democrazia, per esserne giudici».

Sono rilievi ai quali Kelsen aveva dato riposta convincente, legando l'esigenza dell'eterocontrollo al rispetto delle minoranze e dei diritti fondamentali dell'individuo, pur nella consapevolezza che una connotazione "politica" del Tribunale costituzionale⁵² sarebbe stata inevitabile ove la Costituzione contenesse formulazioni troppo generiche specie in tema di diritti fondamentali. Insomma, il rischio di uno "spostamento" di potere dal Parlamento a un organo esterno a esso era ben presente anche nella riflessione di chi fortemente voleva l'istituzione dei Tribunali costituzionali. L'impiego nel discorso giurisprudenziale di concetti ampi quali "giustizia", "equità", "eguaglianza", o potremmo dire oggi quali "ragionevolezza", "proporzionalità" e "razionalità", avrebbero senz'altro consentito l'emersione di una "anima politica" della Corte, ponendo o riproponendo la questione dei confini al suo operato⁵³.

Ora non v'è dubbio che la Corte ricavi la sua legittimazione dal testo della Costituzione e dall'esigenza della sua difesa (la Costituzione come limite al potere)⁵⁴, ma questa legittimazione va difesa con motivazioni persuasive e con il rispetto di limiti che la Corte stessa incontra. Uno di questi è senz'altro la discrezionalità del legislatore, che però non può ergersi a limite assoluto, invalicabile nel caso di inerzia. Altrimenti vi sarebbe rimedio solo per le ipotesi di esercizio della funzione legislativa contrario alla Costituzione e non anche per le inattuazioni della Costituzione (che poi altro non sono che forme omissive di inosservanza della Costituzione), almeno laddove non sia possibile un'integrazione giurisprudenziale dell'enunciato che possa dirsi, in senso stretto, a "rime obbligate". Ecco perché ho voluto trattare della discrezionalità legislativa come limite relativo per il sindacato della Corte, superabile nel caso in cui l'inerzia del legislatore produca omissioni incostituzionali le quali, pur variamente colmabili, non possono restare tali *sine die*, tanto più quando proprio il giudice delle leggi abbia sottolineato la necessità di un intervento normativo. Altrimenti sarebbe la stessa Corte ad abdicare al ruolo per il quale è stata istituita: garantire la preminenza della Costituzione nei confronti delle leggi e di qualsiasi atto autoritativo e persino delle situazioni oggettive di vuoto normativo⁵⁵. L'esigenza è sempre quella di rendere giustizia costituzionale, di assicurare una sempre maggiore conformità del sistema normativo alla Costituzione. È questa la ragione che sta alla base della giurisdizione costituzionale, di tutte le attività della Corte e non soltanto del sindacato di costituzionalità delle leggi. Ed è un'esigenza che ben può legittimare non solo letture

⁵² La politicità alla quale si fa riferimento differisce, però, profondamente, da quella del Parlamento. Insuperabili, al riguardo, le pagine di C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica* (1984), Napoli, rist. 2014, 114 ss.

⁵³ Sul tema v. ora i contributi pubblicati in 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.

⁵⁴ Cfr. M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, 1996, 132.

⁵⁵ F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1978, 1252 e, già, *Id.*, *Corollari del principio di "legittimità costituzionale" e sentenze "sostitutive" della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1969, 91 ss. e particolarmente 104.

evolutive delle regole del processo costituzionale, come senz'altro accaduto nel recente periodo, ma anche l'ideazione di tecniche decisorie più efficaci al fine di assicurare all'esito del giudizio della Corte "situazioni normative"⁵⁶ conformi a Costituzioni o almeno di evitare che si creino situazioni di maggiore incostituzionalità rispetto a quelle che si vanno a rimuovere⁵⁷.

⁵⁶ Utilizzo un'espressione cara ad Antonio Ruggeri, da lui impiegata nello studio dell'oggetto del giudizio sulla costituzionalità delle leggi: A. RUGGERI, *Le attività "conseguenziali" nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano, 1988, 55 ss.; ID., *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990, 107 ss.

⁵⁷ Scriveva alla fine degli anni Settanta C. MEZZANOTTE, *La Corte costituzionale: esperienze e prospettive*, in AA.VV., *Attualità e attuazione della Costituzione*, Roma-Bari, 1979, 170 s., che le «molteplici e contraddittorie istanze che non trovano un momento di mediazione politica finiscono con l'indirizzarsi disordinatamente verso organi imparziali» e che la Corte costituzionale, quale mediatrice dei conflitti, «ha bisogno di strumenti flessibili, di discrezionalità larghe, di poteri di intervento diversificabili e non condizionati alla logica rigorosa del precedente».