ISSN 1826-3534

federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

3 LUGLIO 2019

Il monito della Corte costituzionale ed il termine di scadenza per il seguito parlamentare. Riflessioni a margine del caso Cappato.

di Ilaria Roberti
Dottore di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi del Molise

Il monito della Corte costituzionale ed il termine di scadenza per il seguito parlamentare. Riflessioni a margine del caso Cappato.*

di Ilaria Roberti
Dottore di ricerca in Diritto costituzionale
Università degli Studi del Molise

Sommario. **1**.Premessa. **2**.Il monito può avere una scadenza? **3**.Il monito da strumento "intrusivo" dell'attività parlamentare a tecnica creativa. **4**. La creatività della Corte nel recente ricorso ai controlimiti. **5**.L'ottemperanza al monito come condizione per il recepimento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. **6**. Nota conclusiva.

1.Premessa

Il caso Cappato ha costituito l'occasione per riportare in auge alcuni problemi riguardanti il tema dell'eutanasia nel contesto dei vuoti legislativi e dei limiti dell'attività giurisdizionale[1]. Tali aspetti hanno

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1]Per una ricostruzione del tema si vedano G. ZAGREBELSKY, *Il giudice la legge e i diritti di Welby*, in *La Repubblica*, 19 Marzo 2007; A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di "non liquet"*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, pp. 355 e ss.; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, co. 2, Cost. al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Diritto pubblico*, n.1/ 2008, pp. 85 e ss.; R. BALDUZZI- D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione di competenze legislative*, in www.archivioriv istaaic.it , 2009, pp. 1 e ss.; T. GROPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, in *Pol.dir.*, n.3/2009, p. 1 e ss.; R. ROMBOLI, *Il caso Englaro: la Costituzione come fonte immediatamente applicabile dal giudice*, in *Quaderni costituzionali*, 2009, pp. 91 e ss.;. M. VILLONE, *Costituzione liberale vs legislatore illiberale. Il caso del testamento biologico*, in www.costituzionalismo.it , maggio 2011, p. 1 e ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione. Le scelte esistenziali di inizio-vita. Le scelte esistenziali di fine-vita*, Vol. 2, Milano, 2012; R. BALDUZZI, *La tensione tra il principio di indisponibilità della vita umana e il principio di autodeterminazione*, in P.MACCHIA (a cura di) *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione e testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, Napoli, 2012, pp.53 e ss.; F. R. DE MARTINO (a cura di), *Atti di produzione normativa e separazione dei poteri. Fine vita, vuoti legislativi e limiti dell'attività giurisdizionale*, Campobasso, 2012; G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo,* in G. COCCO (a cura di) *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Milano, 2012, pp. 42 e ss.; S. STAIANO, *Legiferare per dilemmi sulla fine della vita: funzione del diritto e moralità del legislatore*, in www.federalismi.it, n.9/ 2012, pp. 1 e ss.; V. BALDINI, *I diritti fondamentali in movimento: dalla prospettiva storico- dogmatica all'esperienza*, in V. BALDINI (a cura di) *Cos'è un diritto fondamentale*, Napoli, 2017, p. 43 e ss.; G. GEMMA, *Diritto a rifiutare cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in *Rivista Aic*, n.2. 2017, pp. 1 e ss.; U. ADAMO, *La Corte è "attendista".. "facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale". Nota a Corte cost., ord n. 207 del 2018, in Forum di Quaderni costituzionali,* 23 Novembre 2018, pp. 1 e ss.; N. FIANO, *Caso Cappato vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli. Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in Forum di Quaderni costituzionali, 25 Ottobre 2018; L. RONCHETTI, *L'autonomia e le sue esigenze*, Milano, 2018, pp. 104 e ss.; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge…in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in A. APOSTOLI – M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in) certezza del diritto*, Napoli, 2018, pp. 170 e ss.; 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 di altri*, in *Bio Law Journal*, n. 3/2018.

assunto una peculiare valenza laddove con l'ordinanza n. 207 del 2018 la Corte costituzionale ha sollecitato il Parlamento ad intervenire entro un anno di tempo per valutare la punibilità della condotta di colui che agevola la morte di un malato terminale. Dal caso di specie emerge che Fabiano Antoniani, affetto da cecità e da tetraplegia causati da un incidente stradale, decideva di porre fine alla sua esistenza recandosi nella clinica svizzera *Dignitas*, accompagnato da Marco Cappato. Quest'ultimo dipoi confessava agli inquirenti di aver agevolato il proposito suicidario dell'Antoniani, tanto che ad una iniziale richiesta di archiviazione da parte del pubblico ministero, non accolta però dal GIP di Milano, si disponeva l'imputazione coatta ed il rinvio a giudizio dell'imputato. Al termine del dibattimento e contestualmente alla richiesta di assoluzione da parte del pubblico ministero, la Corte d'Assise di Milano sollevava q. l. c. per un dubbio riguardante la compatibilità della disciplina incriminatrice con gli artt. 2, 3, 13, 32 e 117 della Costituzione, parametri che, ad avviso del giudice *a quo,* incidono sull'inquadramento della condotta dell'imputato[2].

La Corte costituzionale adotta una decisione di inammissibilità "per discrezionalità legislativa" e rinvia la trattazione della causa al 24 Settembre 2019 in modo da poter giudicare la questione in seguito all'intervento del legislatore[3].

È evidente che il tenore problematico di tale pronuncia non riguardi solo i confini di applicabilità della fattispecie incriminatrice ex art. 580 c.p[4] ma anche le implicazioni che derivano dal "dialogo" tra la Corte costituzionale ed il Parlamento. In tal caso è controverso se con l'apposizione di un termine il Giudice delle leggi abbia voluto conferire al monito una valenza diversa ed eventualmente di maggiore efficacia. Se così fosse si pone l'interrogativo dell'interferenza della Consulta nell'agenda dei lavori parlamentari che porta a riflettere sui confini di siffatta tecnica decisoria nell'ottica del rispetto dei confini tra poteri politici e "in-politici"[5] in uno Stato costituzionale[6].

---

[2]Per un'analisi del *petitum* e dei parametri costituzionali richiamati nell'ordinanza della Corte d'Appello di Milano si veda A. MORRONE, *Il caso Cappato davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista, Introduzione al Seminario preventivo Il caso Cappato davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 12 Ottobre 2018, pp. 8 e ss.

[3]Si fa notare come in questo modo la Corte abbia introdotto "nel suo bagaglio un nuovo strumento decisorio, potenzialmente gravido di sviluppi che potremo definire ad incostituzionalità differita" cfr. M. BIGNAMI, *Il Caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione giustizia*, 19 Novembre 2018.

[4]A cui si rinvia alle riflessioni di P. FIMIANI, *Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita in attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato*, in *Diritto penale contemporaneo*, n.28/2018; A. MASSARO, *Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi: illegittimità dell'aiuto al suicidio?*, in *Diritto penale contemporaneo*, n.22/2018.

[5]G. ZAGREBELSKY, *La Corte in-politica*, in *Quaderni costituzionali*, n.2/2005, p. 274 e ss.

[6]Sui problemi in ordine alla natura della Corte costituzionale e alla sua collocazione nella forma di governo si vedano E. CHELI, *La Corte costituzionale nella forma di governo in Italia*, in *Quaderni dell'associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, n.1/1991, p. 125 e ss.; L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. BARILE- E. CHELI-S.GRASSI (a cura di) *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, pp. 515 e ss.; M.

Pertanto, in questa nota si porrà l'attenzione sulla vincolatività che il monito può esercitare nei confronti del Parlamento, il cui intervento peraltro sarà valutato non solo come un'ottemperanza ai termini fissati dalla Corte ma anche dalle esigenze provenienti dal c.d. *mulilevel system*. In particolare, si cercherà di accertare se nell'età dei "nuovi" diritti[7] il monito possa considerarsi una modalità per ovviare all'inerzia del Parlamento nella tutela dei diritti fondamentali[8] oppure se debba interpretarsi come una dimostrazione dell'accresciuto potere della Corte costituzionale in tale ambito[9].

2.Il monito può avere una "scadenza"?

Con l'ordinanza n. 207 del 2018, la Corte costituzionale adotta una decisione di inammissibilità di natura "interlocutoria", perché si rivolge direttamente al legislatore affinché quest'ultimo intervenga a colmare la lacuna normativa riscontrabile nel caso *de quo*. Più precisamente, la Corte specifica che entro un anno di tempo procederà nuovamente alla trattazione della questione alla luce dell'eventuale intervento del legislatore.

Il primo problema che vuole qui evidenziarsi è se l'invito a legiferare possa acquistare un tenore vincolante nonostante sia contenuto in una pronuncia di inammissibilità. Questo aspetto rileva perché la credibilità del monito è stata fatta più volte dipendere dal tipo di decisione in cui veniva menzionato, nel senso che qualora tale dispositivo risulta inserito in una sentenza di accoglimento deve attribuirsi un'incisività maggiore rispetto a quello contenuto in decisioni di altro tipo[10]. La ragione è da ricercarsi nel fatto che con le pronunce di inammissibilità o di rigetto non si crea un vuoto normativo e quindi il legislatore può anche non attivarsi in modo tempestivo. È questo il caso delle pronunce di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata"[11], allorquando con "delle decisioni di inammissibilità o di rigetto: la legge sottoposta

LUCIANI, *La Corte costituzionale nella forma di governo italiana*, in *AA.VV., La Costituzione italiana quarant'anni dopo*, Milano, 1989, pp. 65 e ss.

[7]Espressione a cui ricorre M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, in *Quaderni costituzionali*, n.3/2009, pp. 538 e ss.

[8]Da tempo ormai si fa notare in dottrina come ci sia una sorta di prevalenza della tutela aristocratica dei diritti rispetto a quella legislativa con conseguenze dal tenore fortemente problematico, sul punto si veda M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur.cost.*, 2006, pp. 1660 e ss.; ID. *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista Aic*, n.2/2016, pp. 8 e ss.

[9]Definisce "spregiudicato" l'orientamento della Consulta in questi ultimi decenni P. CARNEVALE, *Intervento su Giudici e Legislatore*, in *Diritto pubblico*, n.2/2016, pp. 592 e ss.

[10]R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, Milano, 1993, pp. 126 e ss.

[11]R.PINARDI, *op.ult.cit.*, pp. 126 e ss. In ordine alle problematiche relative a tale tipologia decisoria si vedano A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, pp. 267 e ss.; M. D'AMICO, *Un nuovo modello di sentenza costituzionale*, in *Giur.cost.*,1993, pp. 1803 e ss.; E. LAMARQUE, *Una interpretativa di inammissibilità?*, in *Giur.cost.*, 1996; M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984, pp. 116 e ss.; V. MARCENO', *La Corte costituzionale e le omissioni incostituzionali del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, in *Giur.cost.*, 2000, pp. 1986 e ss.; L. PEGORARO, *La Corte costituzionale e il Parlamento*, Padova, 1987, pp. 302 e ss.; L. PESOLE,

al vaglio dei giudici della Consulta viene salvata, non si producono vuoti nell'ordinamento normativo e conseguentemente il legislatore non (..) (deve) attivarsi in maniera subitanea onde rimpiazzare la disciplina annullata"[12].

Ad un più attento esame però tale prospettazione è stata parzialmente disattesa laddove si è sottolineato che la credibilità di un sollecito monitorio possa dipendere non solo dal tipo di sentenza ma anche dal "tenore delle considerazioni svolte nella parte motiva della decisione"[13]. Infatti, a ben vedere nelle pronunce di inammissibilità o di rigetto quando la scelta di non dichiarare l'incostituzionalità della norma è subordinata ad un intervento del legislatore, il monito acquista una valenza ancor più incisiva rispetto ad un invito a legiferare contenuto in una sentenza di accoglimento, perché la situazione di temporanea tolleranza è correlata ad un intervento delle Camere[14].

Perciò, "a carico del legislatore sorgono vincoli di varia intensità non solo in relazione al tipo di sentenza ma anche in relazione all'indole della sollecitazione pervenutagli potendosi distinguere (..) direttive più o meno vincolanti a seconda della connotazione a sua volta più o meno stringente ed ultimativa che la Corte ha voluto e saputo conferire alle valutazioni esplicitate in motivazione"[15]. Sicché "quanto più il giudice costituzionale riesca a persuadere il legislatore ordinario che l'eventuale protrarsi della sua inerzia verrebbe inevitabilmente sanzionata con l'annullamento della disciplina sindacata, tanto più il monito potrebbe dirsi pressante e quindi (..) efficace"[16].

Nella fattispecie alcuni passaggi della motivazione dell'ordinanza sembrano far assumere al monito una certa credibilità; la Consulta ad esempio si sofferma in modo puntuale sui parametri costituzionali individuati dal giudice *a quo* che impediscono di adottare un'unica soluzione costituzionalmente obbligata[17]. Il richiamo agli art. 2 Cost e 2 Cedu, più precisamente, non consente di circoscrivere il "verso

L'inammissibilità per discrezionalità legislativa di una questione fondata, in *Giur.cost.*, 1994, pp.412 e ss.; R. PINARDI, *L'inammissibilità di una questione fondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, in *Giur.cost.*, 2013, pp. 279 e ss.

[12]R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, cit., pp. 127

[13]Ibidem, pp. 128.

[14]L. CARLASSARE, *Le decisioni d'inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, in *AA.VV., Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, pp. 43 e ss.; F. MODUGNO, *Considerazioni sul tema*, in *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto a Palazzo della Consulta il 23-24 Novembre 1988, Milano, 1989, pp. 21 e ss.

[15]R. PINARDI, *op.ult.cit.*, pp. 128.

[16]Ibidem.

[17] Cfr. Punto 3 del Considerato in diritto.

dell'addizione"[18], in ragione della pluralità ed eterogeneità delle soluzioni che tali principi a "fattispecie aperta"[19] prospettano per colmare la lacuna[20].

Pertanto, nel caso in esame la Corte costituzionale non può tantomeno con un'operazione additiva riconoscere la ammissibilità di una condotta diretta ad agevolare la morta dignitosa di un malato terminale. Ciò però non toglie che, proprio menzionando l'evoluzione della giurisprudenza Edu, la Consulta giudichi necessario colmare una lacuna che sta producendo trattamenti eterogenei nell'ambito del sistema convenzionale, incentivando i soggetti a praticare oltre i confini nazionali forme di eutanasia[21]. Al fine di ovviare a tale inconveniente e sull'esempio della Corte canadese[22], la Corte costituzionale evidenzia la necessità di cooperare con il legislatore perché la delicatezza e la complessità della materia impone di non lasciare privi di tutela condotte che agevolano la morte altrui. La tecnica monitoria quindi non fa altro che mettere il Parlamento di fronte ad una situazione che esige di essere disciplinata e per giunta entro la data indicata nell'ordinanza ed è per questo che l'avvertimento non sembra circoscrivibile ad una mera sollecitazione. Appare in buona sostanza che il seguito parlamentare ricollegabile ad un monito "a termine" possa tradursi in una ottemperanza "obbligata", che andrebbe ad aumentare l'incisività della tecnica monitoria. Ed è questo il *punctum dolens* della questione: verificare fino a che punto un monito possa risultare vincolante nei confronti delle Camere, considerato che la risposta affermativa o negativa a tale interrogativo sottintende un certo modo di interpretare il principio della divisione dei poteri in uno Stato costituzionale.

Se si parte del presupposto che "il Parlamento esercita una potestà legislativa sovrana (..) fa le leggi e non esegue direttive; che non può accettare acriticamente un limite posto preventivamente dalla Corte (stante)

[18]Questo perché "la Corte non crea essa liberamente (..) la norma ma si limita a individuare quella (..) mediante la quale riempiere immediatamente la lacuna che altrimenti resterebbe aperta nella disciplina della materia, così conferendo alla pronuncia capacità autoapplicativa". Cfr. V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur.cost*., 1976, I, pp. 1705 e ss.

[19]A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee. Bilanciamenti interordinamentali e controlimiti mobili a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista Aic*, n.1/2011, pp. 2 e ss. Con riguardo alla disputa circa la natura aperta o chiusa dei diritti inviolabili si veda F. MODUGNO, *I "nuovi" diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

[20]"Non è pertinente anzitutto il riferimento del rimettente al diritto alla vita, riconosciuto implicitamente – come "primo dei diritti inviolabili dell'uomo" (sentenza n. 223 del 1996), in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri- dall'art.2 Cost. (sentenza n. 35 del 1997), nonché in modo esplicito, dall'art. 2 Cedu. Dall'art. 2 Cost- non diversamente che dall'art. 2 Cedu- discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto- di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire. Che dal diritto alla vita, garantito dall'art. 2 Cedu, non possa derivare il diritto a rinunciare a vivere, e dunque un vero e proprio diritto a morire, è stato del resto da tempo affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo proprio in relazione alla tematica dell'aiuto al suicidio (sentenza 29 Aprile 2002, Pretty contro Regno Unito)" Cfr. Punto 5 del Considerato in diritto.

[21] Cfr. Punto 5 del Considerato in diritto.

[22] Cfr. Punto 11 del Considerato in diritto.

il primato del momento rappresentativo"[23], allora il monito deve qualificarsi come uno strumento di collaborazione informale tra Corte e Parlamento. A sostegno di tale assunto è stato autorevolmente evidenziato che i moniti possono non avere un seguito, perché "nel nostro sistema (non c'è) un giudizio di ottemperanza relativo alle sentenze della Corte analogo a quello previsto per l'ottemperanza al giudicato dei giudici comuni"[24]. Questo perché il legislatore "può risolvere il suo problema seguendo una strada diversa (e) disattendere l'avviso della Corte"[25], in quanto l'illegittimità di una legge così come la sollecitazione di un monito sono il prodotto di una valutazione limitata a quel momento in cui si solleva la questione di legittimità e all'orientamento della giurisprudenza costituzionale di quel dato periodo[26].

In sintesi, dunque, l'invito a legiferare che la Corte rivolge al Parlamento non potrebbe andare ad incidere più di tanto nell'agenda dei lavori parlamentari dal momento che se il Parlamento è quel "porticato tra lo Stato e la società civile"[27] allora esso saprà come e soprattutto quando filtrare le istanze provenienti dal tessuto sociale.

Al riguardo però è stato fatto attentamente notare che se è vero che "la Corte non è un organo politico (essa) è immersa nella politica"[28], nel senso che è comunque inserita in un sistema in cui è astrattamente destinata ad interagire con il potere politico[29]. Più precisamente, il Giudice delle leggi ha sì un ruolo di *legal reasoning* ma nell'esercitare le sue funzioni non può esimersi dal considerare gli effetti che le sue decisioni producono nell'ordinamento e dunque i tempi in cui il Parlamento possa intervenire per colmare il vuoto normativo[30]. In tal senso, quindi, il potere di ripristino della legalità costituzionale potrebbe implicare finanche una attività interlocutoria con il Parlamento quando la ricerca della massima tutela dei diritti costituzionalmente garantiti lo imponga. Questa interazione tra Corte e Parlamento si legittima

[23] V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., I, pp. 1703 e ss.

[24] V. ONIDA, *Considerazioni sul tema*, in *AA.VV., Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 193.

[25] V. CRISAFULLI, *op.ult.cit.*, pp. 1703 e ss.

[26] V. CRISAFULLI, *op.ult.cit.* pp. 1703 e ss.; Sul punto si veda anche F. MODUGNO, *op.ult.cit.*, pp. 25 il quale afferma che "l'incostituzionalità non sempre è un dato assoluto (o c'è o non c'è) bensì può essere essa stessa un dato relativo graduale anche temporalmente condizionato".

[27] Espressione coniata da Hegel e ripresa da A. MANZELLA, *Il Parlamento*, Bologna, 2006, pp. 16.

[28] M. LUCIANI, *La modulazione degli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento: primi spunti per una discussione sulla Corte costituzionale degli anni Novanta*, in *AA.VV., Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp. 106.

[29] M. LUCIANI, *op.ult.cit.*, pp. 106 e ss. Avevano ipotizzato la necessità di esaminare la natura ed il ruolo della Corte in relazione con gli altri poteri P.BARILE, *La Corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche*, *Giur. cost.* 1957, pp. 907 ss.; P.CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950; G. FERRARI, *La difficile nascita della Corte costituzionale*, *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1988, ora in *1956-2006. Cinquant'anni di Corte costituzionale*, Corte costituzionale, Roma 2006, pp. 1274 ss.; L.PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, pp. 98 e ss.

[30] A. CERRI, *Materiali e riflessioni sulle pronunzie di accoglimento "datate"*, in *Giur.cost.*, 1988, II, pp. 2442 e ss.

sulla base del recepimento del principio della separazione dei poteri di natura non rigida[31] che però non sottintende una interscambiabilità dei compiti relativi alla tutela dei diritti fondamentali, nel senso che l'azione politica e quella giurisdizionale devono rimanere su piani diversi[32]. Perciò, mantenendo ferma tale premessa di metodo, la Corte costituzionale "è sì immersa nella politica"[33] ma il suo atteggiamento deve tradursi in una interazione con il potere politico finalizzata a far presente che il protrarsi del vuoto normativo determinerà una pronuncia di illegittimità costituzionale[34]. Il monito quindi non deve trasformarsi in un celato tentativo della Corte di assumere un ruolo "propositivo" o di "indirizzo" nei confronti del Parlamento e tantomeno in uno strumento che detti dei tempi perentori entro cui intervenire. Deve piuttosto considerarsi una tecnica alla quale ricorrere rispettando il quadro dei poteri delineato in uno Stato costituzionale[35]. D'altra parte, l'inerzia parlamentare di fronte all'esistenza di "zone franche" non può considerarsi una valida giustificazione per far compiere operazioni discutibili ai poteri "in- politici"[36], come ad esempio fissare i termini entro cui il Parlamento debba legiferare. Nella tutela dei diritti infatti ci deve essere una definizione più o meno certa dei margini di esercizio dei poteri non potendo correre il rischio di assecondare una tendenza, come quella americana, in cui i casi di *political questions* costituiscono l'occasione per mostrare delle ambiguità sul ruolo del potere giudiziario e di quello politico[37].

---

[31]Evidenzia tale aspetto con riguardo ai rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario in tema di "fine vita" F.R.DE MARTINO, *Introduzione*, in *AA.VV. Atti di produzione normativa e separazione dei poteri. Fine vita, vuoti legislativi e limiti dell'attività giurisdizionale*, cit., p. 7.

[32]G. AZZARITI, *Intervento su Giudici e legislatore*, cit., pp. 567 e ss.

[33] M. LUCIANI, *op.ult.cit.*, p. 106.

[34]Si fa notare che questo aspetto relativo al "conflitto tra costituzionalismo e legalismo (..) non è appannaggio italico ma ovviamente riflette difficoltà e orientamenti di pensiero comuni alla altri esperienze di giustizia costituzionale". È il caso delle sentenze di mera incompatibilità in Germania che corrispondono alla ordinanza ad incostituzionalità differita, "dalle quali divergono per il fatto che la pronuncia tedesca è di accoglimento, ma ad essa non si accompagna il rilievo della conseguente nullità. La norma è dunque privata di efficacia, ma resta valida fino ad intervento del legislatore. A parità di effetti, sia pure con approssimazione, corrispondono tecniche decisorie diverse. Ma, tra le due, solo la soluzione della nostra Corte è ineccepibile sul piano della legalità processuale, mentre quell'altro è uno strumento in origine pretorio, privo all'inizio di agganci legislativi (..), che distorce gli effetti della dichiarazione di incostituzionalità e si presta cosi a frequenti critiche" Cfr., M.BIGNAMI, *Il Caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, cit., pp. 6 e ss. Per un raffronto tra tecniche decisorie impiegate dalle diverse Corti costituzionali e le implicazioni connesse si rinvia alla recente analisi di R. ROMBOLI, *L'"obbligo" per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti,* in www.forumcostituzionale.it, 6 Aprile 2015, pp. 10 e ss.

[35]C. MEZZANOTTE, *Il contenimento della retroattività degli effetti delle sentenze di accoglimento come questione di diritto costituzionale sostanziale*, in *AA.VV., Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, cit., pp.45 e ss.

[36]R. BIN, *Zone franche e legittimazione della Corte*, in www.forumcostituzionale.it, 5 Maggio 2014, pp. 1 e ss.; P. CARNEVALE, *op.ult.cit.*, pp. 592 e ss.; S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in www.federalismi.it, n.17/2018, pp. 2 e ss.; G. ZAGREBELSKY, *op.ult.cit.*, pp. 275 e ss.

[37]P. COSTANZO, *Legislatore e Corte costituzionale. Uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, *Relazione tenuta nell'ambito delle IV Jornados italo-espanolas de justitia*

3. Il monito da strumento "intrusivo" dell'attività parlamentare a tecnica creativa

Si fa attentamente notare che "le esortazioni e i moniti raggiunsero un picco fra la seconda metà degli anni '70 e la prima parte degli anni '80, in conseguenza di un concetto di Costituzione intesa come programma da attuare"[38]. Infatti, con la tecnica monitoria la Corte costituzionale non faceva altro che evidenziare la dicotomia tra norme di principio, esprimenti valori e principi "che informano di sé l'ordinamento giuridico"[39] e norme programmatiche, che "raccomandano al legislatore (..) di perseguire programmi di riforma economica e/o sociale"[40].

Nonostante tale presupposto giustificativo, però, sin da subito sono state sollevate delle perplessità dirette a giudicare il monito uno "strumento intrusivo" dell'agenda dei lavori parlamentari[41]. Secondo tale orientamento con questo genere di decisione si esulava dall'idea di Corte costituzionale quale "legislatore negativo"[42], così come invece delineato dalle competenze attribuitele dall'art. 134 della Costituzione. Tale assunto poi era avvalorato dalla riluttanza che Parlamento e Governo mostravano nel non dare seguito alle sentenze monitorie, sottolineando così di voler "gelosamente custodire"[43] i tempi di attuazione della Costituzione.

Sicché, a causa della scarsa ottemperanza ai moniti, la Corte ha con il tempo ridotto il loro ricorso diradando di conseguenza le occasioni di "dialogo" con il Parlamento[44]. Questo andamento però ha determinato un fenomeno ancor più problematico, perché in presenza di vuoti normativi la cooperazione con il potere legislativo è stata sostituita da interventi di stampo creativo e manipolativo da parte della Corte stessa[45]. Detto altrimenti, dal monito come problema di "strumento intrusivo" dell'agenda parlamentare si passa a decisioni ben più "invasive" e "suppletive" dell'azione parlamentare. In buona sostanza si assiste ad una sorta di evoluzione ed involuzione del *modus operandi* della Consulta. Evoluzione

---

costitucional: 50 aniversario de la Corte costitucional italiana, 25 aniversario Tribunal costitucional espanol, 22 e 23 Settembre 2005, Università de Las Palmas, Gran Canaria, consutabile sul sito *www.giurcost.org/studi*, 2006, pp. 4 e ss. Per una ricostruzione dei casi statunitensi di political questions si vedano R. E. BARKOW, *More Supreme Than Court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy*, 102 Colum. L. Rev. 237, 2002, pp. 249 e ss.; J. C. Smith, *In re hooker: a political question doctrine game change*, 32 Miss. C. L. Rev., 2013-2014, pp. 531 e ss.; L.H. TRIBE, *American constitutional law*, Vol. I (Foundation 3d) ed. 2000, pp. 96 e ss.

[38]A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., pp. 267.;

[39]R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teoretici*, Milano, 2010, pp. 162.

[40] Ibidem.

[41] C. MEZZANOTTE, *op.ult.cit.*, pp. 45 e ss.

[42]Espressione coniata da Kelsen e ripresa da Silvestri per evidenziare la tendenza della Corte a smarcarsi da questo ruolo attraverso l'adozione di decisioni di stampo manipolativo G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale italiana e la portata di una dichiarazione di illegittimità costituzionale*, Relazione tenuta in un incontro a Parigi nel 2013, consultabile sul sito *www.cortecostituzionale.it/documenti*, 2013 p. 3 e ss.

[43]A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., pp. 268.

[44]Ibidem.

[45]V. BALDINI, *I diritti fondamentali in movimento: dalla prospettiva storico- dogmatica all'esperienza*, in *Cos'è un diritto fondamentale*, cit., pp. 35 e ss.; G.U. RESCIGNO, *Intervento* in *Giudici e legislatore*, cit., pp. 478 e ss.

perché la Corte ha diversificato maggiormente le tecniche decisorie a sua disposizione adeguandole ai mutamenti politici, economici e sociali del Paese; involuzione in quanto tale atteggiamento è sconfinato in un'attività "spregiudicata"[46] che pone dei dubbi circa i suoi rapporti con il Parlamento[47].

Il caso Cappato non sembra smentire questa tendenza, perché il monito contenuto nell'ordinanza in esame riflette questo nuovo orientamento della Corte, che in presenza di lacune normative non esita ad intervenire in forma creativa come appunto attraverso l'apposizione di un termine entro il quale il Parlamento è chiamato a legiferare. In questo frangente per ovviare al rischio che l'istituzione rappresentativa possa rimanere inerte sembra quasi che la Consulta decida di fare qualcosa di ulteriore rispetto ai precedenti probabilmente anche alla luce della travagliata vicenda dell'approvazione della legge n. 219 del 2017.

Comunque, si tratta di un atteggiamento della Corte che è la risultante di una serie di fattori, tra cui spiccano lo sviluppo del c.d. *multilevel system* e il decremento della produzione della legge e della sua qualità[48]. Dal primo punto di vista è affermabile che l'assenza della componente politica nel sistema multilivello di tutela dei diritti ha favorito la creatività del potere giudiziario, che in quell'"intreccio tra Carte e tra Corti"[49] ha avuto modo di dimostrare la capacità di attenuare i problemi derivanti dall' "*horror vacui*"[50] in tema di tutela dei "nuovi" diritti. Più precisamente, si è consolidata un'assidua interazione tra

[46]Così P.CARNEVALE, *op.ult.cit.*, pp. 591 e ss.

[47]Ci si riferisce alle sentenze di manipolazione degli effetti temporali, a quelle che valutano il "costo" della tutela dei diritti, ai casi di soccombenza dell'art. 3 della Costituzione nel bilanciamento tra valori costituzionali, ai casi di riconoscimento di pretese giuridiche soggettive connesse al rapporto tra cittadino e P.A., al diritto all'integrazione scolastica, alla pacifica convivenza, al diritto alla riservatezza dei dati personali. Nonché quelle decisioni che si sono occupate della legge elettorale toccando il limite con la discrezionalità politica, quelle relative alla omogenitorialità, alla fecondazione medicalmente assistita, all'interruzione di gravidanza e del diritto all'autodeterminazione del malato terminale. Per un'analisi esaustiva della giurisprudenza costituzionale citata si veda V. BALDINI, *I diritti fondamentali in movimento: dalla prospettiva storico- dogmatica all'esperienza*, in *Cos'è un diritto fondamentale*, cit., pp. 43 e ss. Richiamano i casi citati aderendo a tale ricostruzione R. BIN, *op.ult.cit.*, pp. 621 e ss. nonché ID, *Zone franche e legittimazione della Corte*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 5 Maggio 2014, p. 1 e ss.; P. CARNEVALE, *Intervento* su *Giudici e legislatori*, cit., pp. 591 e ss.; A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, n. 10/2015, pp. 1 e ss.; V. ONIDA, *Una pronuncia costituzionale problematica: limitazione degli effetti nel tempo o incostituzionalità sopravvenuta?,* in *Rivista Aic*, n.1/2016, pp. 1 e ss.; R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007, pp. 88 e ss.; R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro Un convegno per ricordare Alessandro Pizzorusso*, in www.giurcost.org, fasc.3/2018, pp. 583 e ss.; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa 2013, pp. 115 ss.; L. TRUCCO, *Sentenza Italicum: la Consulta tra detto, non considerato e lasciato intendere*, in www.giurcost.org, studi, n. 1/2017, pp. 149 e ss.

[48]R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni, Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista Aic*, n.4/2018, pp. 622, il quale parla di "malfunzionamento della produzione legislativa".

[49]A. BARAGGIA, *La tutela dei diritti in Europa nel dialogo tra Corti: epifanie di una Unione dai tratti ancora indefiniti*, in *Rivista Aic*, n.2/2015, p. 2.

[50]Per una ricostruzione del problema si veda R. PINARDI, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi,* cit., pp. 88 e ss.

Corti costituzionali, Corti sovranazionali e giudici comuni[51] che ha generato una rete giudiziaria incline a tutelare quei diritti privi di una disciplina legislativa[52].

L'inerzia parlamentare favorisce questa c.d. "*governance* giudiziaria"[53] rendendo le Corti e i giudici comuni i soggetti protagonisti dell'era dei c.d. "nuovi" diritti[54]. In particolare, il Parlamento si trasforma in un soggetto che traduce sul piano normativo non le istanze sociali ma il consolidamento di dati giurisprudenziali[55]. Si pensi ad esempio al principio dell'autodeterminazione del malato terminale e all'estensione dei diritti di coniugio agli omosessuali; in questi casi il legislatore è andato a prevedere aspetti che venivano tutelati da tempo dalla giurisprudenza di legittimità e di merito[56].

Si tratta di una anomalia causata dai mutamenti sociali, politici ed economici di questi ultimi decenni che hanno destituito il Parlamento della sua posizione di "trasformatore" dei nuovi diritti. Più nello specifico, l'avvento della globalizzazione, la "liquidità" della società contemporanea[57], la "separazione (..) e l'imminente divorzio tra politica e diritto"[58], "il demone della paura" per i fenomeni migratori[59], la

[51]M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista Aic*, n.3/2017, pp. 3 e ss.

[52]Com'è noto il dialogo tra Corti costituisce l'elemento che ha contraddistinto lo sviluppo del sistema multilivello di tutela dei diritti; questa interazione però è avvenuta in forma altalenante a causa della diversa legittimazione delle Corti medesime e della eterogeneità degli approcci interpretativi. Sul tema *ex multis* si vedano R. CALVANO, *Dopo Lisbona, il dialogo tra Corti e l'attesa di un recupero del ruolo della politica*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, vol. I, Napoli 2011, pp. 445 e ss.; M. CARTABIA, *op.ult.cit.*, pp. 3 e ss.; S. CASSESE, *I Tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma 2009; ID., *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Bologna 2015, pp. 69 e ss.; E.GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Rivista Aic*, n.1/2011, p. 1 e ss.; M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 2/2006, p. 1643 e ss. e in http://archivio.rivistaaic.it; S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in ID. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, pp. 3 e ss.; A. PUGIOTTO, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2016, pp. 149 e ss.; G. TESAURO, *Ancora sul dialogo tra giudice italiano e corti europee*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. IV, Napoli 2013, pp. 2397 e ss.; G. ZAGREBELSKY, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/ 2006, p. 297 ss. e in ID., *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino 2009, pp. 318 e ss.; ID., *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna 2008, pp. 386 e ss.

[53]Fenomeno definito di "governance giudiziaria" da parte di F. BILANCIA, *Intervento su Giudici e legislatore*, cit., p. 574. Affrontano tale problema anche R. BIN, *op.ult.cit.*, pp. 621 e ss.; P. CIARLO, *Intervento su Giudici e legislatore*, cit., pp. 536 e ss.; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., pp. 8 e ss.; S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, cit., pp. 2 e ss.

[54]M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei nuovi diritti*, cit., pp. 538 e ss.

[55]Espressione a cui ricorre A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta online*, fasc.1/2015, pp.10 e ss.

[56]V. BALDINI, *op.ult.cit.*, pp. 43 e ss.; B. PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n.138/2010 della Corte costituzionale*, in *www.giurcost.org*, n.3/2010, pp. 90 e ss.; A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent.138/2010; il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2010, pp. 1 e ss.; R. ROMBOLI, *Il diritto consentito al matrimonio e il diritto garantito alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte di ce "troppo" e "troppo poco"*, in *www.archiviorivistaaic.it*, 2010, pp. 1 e ss.

[57]Ricorre a tale espressione Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, trad.it. di S. Minucci, Roma- Bari, 2002.

[58]Z. BAUMAN, *Modus vivendi. Inferno e utopia del mondo liquido*, Roma- Bari, 2006, p. 5.

[59]Z. BAUMAN, *op.ult.cit.*, pp. 61 e ss.; L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Napoli, 2007, pp. 185 e ss.

"deterritorializzazione degli Stati nazione"[60], il sopraggiungere di una crisi economica di un'entità senza precedenti, il disconoscere la capacità delle Costituzioni di fronteggiare situazioni critiche[61] ed il tecnocraticismo esasperato dell'UE[62] hanno contribuito a spostare il baricentro della tutela dei diritti dalla sfera politica a quella giurisdizionale[63]. In parte alcuni di questi fattori hanno anche alimentato nei Paesi europei l'ascesa delle correnti populiste, considerate distorsive del rapporto tra società civile e Parlamento[64]. Per questo di recente il crescente potere dei giudici esige di essere ricollegato all'ascesa della tendenza "populista" o "plebiscitaria" che contraddistingue l'istituzione parlamentare. È importante soprattutto capire fin dove il populismo come elemento di decremento dei valori della democrazia rappresentativa possa anche causare una difficile interazione tra Parlamento e potere giudiziario. Non si ha di certo la pretesa di dare una risposta a tale interrogativo e di trattare tale problema, ma solo rilevare che in tema di fine vita assume una peculiare valenza perché la giurisprudenza si è spinta fino al punto di individuare dei "limiti immanenti all'esercizio dei diritti fondamentali (..) in relazione ad ambiti materiali in cui la Costituzione omette la previsione di una riserva di legge"[65]. Il dibattito sulla ammissibilità della giurisprudenza dei limiti immanenti è incentrato a rimarcare "una concretizzazione (solo) giurisprudenziale di un diritto fondamentale (…) allorquando sia carente una disciplina legislativa attuativa del diritto in questione"[66]. L'applicazione di tale teorizzazione ad esempio è riscontrabile nel caso Englaro quando ci si è posto il problema se con quanto affermato nella sentenza n. 21748 del 2007 la Corte di Cassazione "nel determinare la regola di giudizio (…) si sia sostituita al Legislatore al quale

[60]S. CASSESE, *Stato in trasformazione*, in *Riv. Trim.dir.pubbl.* n.2/2016., p. 331 e ss.; L. RONCHETTI, *op.ult.cit.*, pp. 185 e ss.

[61]G. GRASSO, *Le parole della Costituzione e la crisi economica-finanziaria*, in *osservatorio Aic*, febbraio 2016, pp.3 e ss.; M. LUCIANI, *L'anitsovrano e la crisi delle Costituzioni*, in *Rivista di diritto costituzionale*, n.1/ 1996, pp. 126 e ss.

[62]F.R. DE MARTINO, *Revisione dei Trattati europei, Fiscal compact e Costituzione italiana*, in *Rivista Aic*, n. 1/2015, pp. 7 e ss.; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista Aic*, n. 2/2016, pp. 10 e ss.

[63] M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione giustizia*, n.1/2015, pp. 90 e ss.

[64]Il tema del populismo e la diffusione di tale fenomeno degenerativo del sistema rappresentativo italiano è oggetto di studio da parte della dottrina. Su tale problematica si vedano V.BALDINI, *Populismo vs. democrazia costituzionale. In dialogo con Andreas Vobkuhle*, in www.dirittifondamentali.it, n.2/2018, pp. 2 e ss.; V. COCOZZA, *Popolo, popolazione, populismo*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Vol. I, Torino 2016, 636 ss.; A. MORELLI, *La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, in www.giurocost.org, fasc. 1/2018, pp. 103 e ss.; C. PINELLI, *Populismo e democrazia rappresentativa*, in *Dem. dir.*, 3-4/2010, pp. 29 ss.; S.GAMBINO, *Dal Parteienstaat al populismo: (prospettive e limiti) della democrazia maggioritaria fra riforme elettorali, presidenzializzazione degli esecutivi e svalutazione del Parlamento*, in www.forumcostituzionale.it, 30 Novembre 2007, pp. 1 e ss.; A. SPADARO, *Costituzionalismo versus populismo. (Sulla c.d. deriva populistico- plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee)*, in www.forumcostituzionale.it, 9 Maggio 2013, pp. 1 e ss.; A. MASTROPAOLO, *Democrazia e populismo*, in M. BOVERO- V. PAZE' (a cura di), *La Democrazia in nove lezioni*, Roma- Bari, 2010, pp. 80 e ss.; Y. MOUNK, *Popolo vs. Democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, Milano, 2018, pp. 34 e ss.; G. ZAGREBELSKY, *La democrazia e il regime del buon compromesso*, intervista di G. SALVAGGIUOLO, in *La stampa*, 9 Marzo 2017

[65] V. BALDINI, *op.ult.cit.*, pp. 3 e ss.

[66] Ibidem.

spetta di determinare positivamente le disposizioni normative idonee a sorreggere le motivazioni dei giudici comuni"[67]. La questione ha assunto una portata così rilevante da divenire oggetto di un conflitto di attribuzione promosso dal Parlamento dinanzi alla Corte costituzionale, la quale poi si è pronunciata nel senso dell'inammissibilità.

Emerge quindi come in quell'occasione l'interazione tra Parlamento e potere giudiziario è avvenuta sulla base dell'esigenza di riscoprire i confini che devono sussistere nella definizione del campo di tutela dei "nuovi" diritti. Del resto, in un ordinamento giuridico ispirato ad una visione positivista un diritto potrà dirsi riconosciuto solamente quando "al legislatore si chiede un riconoscimento in via astratta e generale"[68] e non quando ci si affida esclusivamente ai giudici, ai quali invece "si pone una domanda individuale di riconoscimento del proprio stato di diritto e si ottiene una risposta altrettanto individuale"[69]. Ne consegue quindi che tra potere legislativo e potere giudiziario deve sì esserci una interazione[70] ma solo dopo che ci sia stata una cristallizzazione normativa delle esigenze sociali da tutelare, altrimenti si corre il rischio di eludere il principio di certezza del diritto e di dare spazio alle tendenze creative dei giudici[71].

4. Creatività vs. tempestività. Alcuni rilievi critici nel recente ricorso ai controlimiti

Di recente la creatività della Corte costituzionale non si è esplicata solamente nell'attività monitoria ma anche nel ricorso ai controlimiti. Tale rilievo si presta ad essere esaminato perché riporta nuovamente all'attenzione la dinamica dei rapporti tra la Corte e il Parlamento questa volta con riferimento alla difesa della sovranità statale.

Com'è noto, i controlimiti presentano una stretta connessione con il concetto di sovranità statale[72], in quanto sono stati elaborati dalla Consulta come strumento a difesa di quel nucleo intangibile di principi della Costituzione. In particolare, al fine di delimitare i casi di diretta disapplicazione del diritto interno

[67]F. R. DE MARTINO, *Introduzione*, in *AA.VV. Atti di produzione normativa e separazione dei poteri. Fine vita, vuoti legislativi e limiti dell'attività giurisdizionale*, cit., pp.11.
[68] R. BIN, *op.ult.cit.*, pp. 625 e ss.
[69]Ibidem.
[70]P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Bari, 2007, p. 219 e ss. e ID, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, Lezione inaugurale alla scuola superiore della Magistratura, in *www.cortecostituzionale.it/ documenti*, 2017, pp. 3 e ss.
[71]R. BIN, *op.ult.cit.*, pp. 624 e ss.; J. LUTHER, *Le (in)certezze del diritto tra legislatore interprete e giudice che aggiusta automatismi*, in *Crisi della giustizia e (in) certezza del diritto*, cit., pp. 133 e ss.
[72]M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, cit., pp. 90 e ss.;

in contrasto con le norme europee *self- executing*[73] la Corte costituzionale si premurava di salvaguardare i principi cardine della Costituzione dalla visione monista degli ordinamenti a cui aveva aderito la CGUE[74]. Con il tempo, poi, l'azionabilità dei controlimiti è stata più in generale ricollegata all'esigenza di fissare dei margini all'apertura incondizionata a quel contesto internazionale in cui veniva proiettata la Costituzione[75]. In buona sostanza, l'adesione a organismi sovranazionali ed internazionali privi di una legittimazione democratica ha incentivato la Consulta a "controllare" in forma sempre più assidua la pervasività degli atti esterni sulla base del parametro difensivo dei controlimiti. Così facendo però la Corte si è "riconosciuta" una funzione che a differenza di altre Corti costituzionali non ha un espresso riconoscimento normativo[76] e che quindi ipoteticamente si presta ad avere dei confini di applicabilità piuttosto labili, generando finanche il rischio di "spostare" l'azione di difesa della sovranità statale dal campo politico a quello giurisdizionale. Tali problemi si sono presentati di recente con la sentenza n.238 del 2014 e con l'ordinanza n. 207 del 2018, quando la Corte costituzionale ha rispettivamente azionato i controlimiti ed ipotizzato tale ricorso mostrando un'estensione dei confini di questa categoria difensiva ed una rischiosa "interposizione" con il Parlamento nella difesa della sovranità statale.

Invero, con la prima decisione citata sono stati sollevati dei dubbi circa l'immediato ricorso ai controlimiti nei confronti della Corte internazionale di giustizia, dal momento che sono state addotte motivazioni di stampo creativo per giustificare tale decisione[77]. Ovvero, per attrarre l'oggetto della questione nella sua sfera di competenza, il Giudice delle leggi articola un ragionamento argomentativo basandosi su un'interpretazione molto estensiva del dettato costituzionale[78] che si è tradotto in una forzata inclusione della norma sull'immunità degli Stati nell'art.134 della Costituzione. Alcuni passaggi della sentenza sono utili per evidenziare quanto affermato: secondo la Corte "la norma internazionale consuetudinaria sull'immunità degli Stati (..) è stata oggetto di un'evoluzione progressiva dovuta alla giurisprudenza

[73]M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, cit., pp. 90 e ss.; A.PACE, *La sentenza Granital ventitrè anni dopo*, in www.archivio.rivistaaic.it, 2007, pp. 18 e ss.; G. SILVESTRI, *Sovranità vs. Diritti fondamentali*, in *Questione giustizia*, n.1/2015, pp. 60 e ss.; G. TESAURO, *Il ruolo della CGUE nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento comunitario e dei diritti fondamentali*, in *AA.VV, La Costituzione europea*, Padova, 2000, pp. 306 e ss.

[74]V. ONIDA, *"Armonia tra diversi" e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quaderni costituzionali*, n.3/2002, pp. 550 e ss.

[75]G. SILVESTRI, *Sovranità vs. Diritti fondamentali,* cit., pp. 60 e ss.

[76]L.CARLASSARE, *L'art.11 Cost. nella visione dei Costituenti*, in www.costituzionalismo.it , fasc. 1/2013, pp. 5 e ss.

[77]R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i controlimiti 2.0*, in www.federalismi.it, n. 172016, pp. 1 e ss.; T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014*, in www.giurcost.org, studi, fasc. 1/2015, pp. 2 e ss.; P. FARAGUNA, *Corte costituzionale contro Corte di giustizia : i controlimiti in azione*, in *Forum di Quaderni costituzionali,* 2 Novembre 2014, pp. 1 e ss.; E. LAMARQUE, *La Corte costituzionale ha voluto dimostrare di sapere ancora mordere*, in *Questione giustizia*, n. 2/2015, pp. 76 e ss.; M. LUCIANI, *op.ult.cit.*, pp. 89 e ss.; G. SILVESTRI, *op.ult.cit.*, pp. 60 e ss.

[78]R. BIN, *L'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto non scritto dopo la sent. 238/2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali, 11 Gennaio 2016*, pp. 1 e ss.

nazionale della maggior parte degli Stati fino all'individuazione di un limite negli *acta iure gestionis*"[79]. Sicché "se un simile effetto di ridimensionamento si è verificato (…) anche nell'ordinamento italiano prima della Costituzione repubblicana"[80] a maggior ragione lo stesso controllo compete ora alla Corte. Di conseguenza, ravvisando un contrasto tra la norma internazionale generalmente riconosciuta e i principi costituzionali la Corte potrà dichiarare l'incostituzionalità della norma internazionale sulla base del fatto che nell'ordinamento italiano è da giudicarsi inesistente. Infatti, tale norma "non comprende l'immunità (...) dalla giurisdizione civile in relazione ad azioni di danni derivanti da crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti inviolabili della persona"[81].

Tale iter motivazionale è stato criticato dal momento che "la strada maestra da percorrere sarebbe stata quella dell'inammissibilità (..) per la difficoltà concettuale prima ancora che testuale di ricondurre una norma consuetudinaria di questo tipo alle leggi e agli atti aventi forza di legge che l'art. 134 Cost. attribuisce alla cognizione interna di legittimità costituzionale"[82]. Inoltre, "lo sforzo di alta creatività argomentativa che conduce a qualificare come inesistente nell'ordinamento interno la norma consuetudinaria internazionale non vale a risolvere l'aporia in cui incorre la Corte per il tipo di decisione prescelto"[83] che ha contestualmente alterato il *quomodo* di azionabilità dei controlimiti. Quest'ultimi, in altri termini, sono stati impiegati con una certa indeterminatezza[84] contribuendo ad alimentare quei dubbi circa i confini della loro applicabilità[85].

L'ordinanza n. 24 del 2017, invece, ha posto dei problemi con riguardo allo "sbilanciamento" dei compiti difensivi tra Corte costituzionale e Parlamento[86]. Dopo la sentenza Taricco, che attribuiva ad una norma di risultato effetti diretti *in criminalibus* nell'ordinamento italiano, la Consulta ricorre al rinvio pregiudiziale ipotizzando l'eventualità di azionare per la prima volta i controlimiti nei confronti della Corte di giustizia europea per la violazione del principio di legalità dei reati e delle pene ex art. 25 della Costituzione. Per ovviare a tale azione che avrebbe determinato una battuta di arresto del processo di integrazione, la Corte di giustizia decide di modulare il *dictum* della sua precedente sentenza manipolandone gli effetti temporali[87] ed escludendo così la diretta applicazione della norma europea nell'ordinamento italiano.

---

[79] Cfr. Punto 3.3 del Considerato in diritto della sentenza n.238 del 2014.
[80] Ibidem.
[81] Cfr. Cfr. Punto 3.4 del Considerato in diritto della sentenza n.238 del 2014.
[82] S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, cit., p. 11.
[83] Ibidem, p. 12 e ss.
[84] Ibidem.
[85] M. LUCIANI, *op.ult.cit.*, p. 90 e ss.
[86] M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., p. 11 e ss.
[87] Sul caso Taricco e sulle implicazioni ad esso connesse con riguardo ai rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo nonché tra Corte costituzionale e Corte di giustizia le riflessioni sono state numerose. *Ex multis A.A.VV., Atti del Convegno "Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, svoltosi a Roma, Istituto Luigi Sturzo, il 4 ottobre 2016, pubblicati su *Rivista Aic*, 4/2016; R. BIN, *Taricco:*

Tralasciando le questioni connesse a tale operazione, ciò che qui rileva è che nell'ipotizzare il ricorso ai controlimiti la Corte costituzionale impiega motivazioni che fanno emergere una particolare attenzione nella difesa della sovranità statale[88]. Il contesto in cui si colloca la sentenza Taricco è decisivo per comprendere l'orientamento della Consulta, nel senso che gli insuccessi politico- democratici dell'UE rappresentano la motivazione principale che ha fatto maturare nella Corte costituzionale l'idea di assumere un atteggiamento di difesa della sovranità popolare così accentuato[89], al pari poi di quanto ha fatto il Tribunale costituzionale federale tedesco[90]. La Corte costituzionale percepisce come prioritario mantenere ferma una visione dualista degli ordinamenti salvaguardando in questo modo quegli spazi di sovranità statale che rischiano di perdere la loro legittimazione popolare a fronte di un impianto istituzionale sovranazionale contraddistinto dal deficit di democraticità[91].

Ora, se appare condivisibile che la Consulta ricorra ai controlimiti quando non si giustifica una limitazione della sovranità statale a causa dell'assenza di condizioni di parità nell'adesione ad organismi

aspettando Godot leggiamo Yves Bot, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 13 Novembre 2017, pp. 1 e ss.; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Rivista Aic*, n.3/2016, pp. 1 e ss.; L. DANIELE, *La sentenza Taricco di fronte alla Corte costituzionale: come deciderà la Consulta?*, in *AA.VV., Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, Roma 2016, consultabile su *Rivista Aic*, n.4/2016, pp. 27 e ss.; M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?*, in *AA.VV., Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, cit., pp. 72 e ss.; ID., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., pp. 1 e ss.; G. REPETTO, *La Cassazione sul Caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata attivazione dei controlimiti*, in *Rivista Aic*, n.2/2016, pp. 1 e ss.; A. RUGGERI, *Rapporti interodinamentali e conflitti tra identità costituzionali. (Traendo spunto dal Caso Taricco)*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it,2017, pp. 1 e ss.; D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale e i suoi destinatari: narrowing the dialogue*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6 Marzo 2017, pp. 1 e ss.; F. VIGANO', *Il nullum crimen conteso: legalità costituzionale vs. legalità convenzionale*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* , 2017, pp. 1 e ss.

[88]M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale,* cit., pp. 11 e ss.

[89]Ibidem.

[90]A. ANZON DEMING, *La Corte costituzionale è ferma sui controlimiti*, in *Rivista Aic, Osservatorio costituzionale*, n.2/2017, pp. 3 e ss.

[91]Sulla carenza di democraticità dell'impianto istituzionale europeo e sul fallimento della realizzazione di un'Europa di mercato parallelamente ad un'Europa dei diritti la letteratura è sterminata. Tra i tanti studi si veda G. AZZARITI, *Il Trattato costituzionale europeo: un corpo senz'anima*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2005, pp. 413 e ss.; M. CARTABIA, *Riflessioni sulla Convezione di Laeken come se si trattasse di un processo costituente*, in *Quaderni costituzionali* n.3/2002, pp. 439 e ss.; A. D'ATENA, *Una Costituzione senza Costituzione per l'Europa*, in *Diritto e Società*, n. 2/2009, pp. 192 e ss.; C. DE FIORES, *Il fallimento della Costituzione europea. Note a margine del Trattato di Lisbona*, in *www.costituzionalismo.it* , aprile 2008, pp. 2 e ss.; S. DELLA VALLE, *Una legge fondamentale post- costituzionale?Il diritto pubblico europeo alla luce del Trattato di Lisbona,* in *www.costituzionalismo.it* , aprile 2008, pp. 2 e ss.; M. DOGLIANI, *Può la Costituzione europea non essere una costituzione in senso moderno?*, in *Democrazia e diritto XLI*, n. 2/2003, pp. 80 e ss.; G. FERRARA, *Verso la Costituzione europea*, in *Diritto pubblico*, 2002, pp. 161 e ss.; J. HABERMAS, *Perché l'Europa ha bisogno di un Costituzione?*, in G.ZAGREBESLKY (a cura di) *Diritti e costituzione nell'Unione europea*, Roma- Bari, 2003, pp. 10 e ss.; A. PACE, *La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo*, in *Riv. Trim.dir. pubbl.*,2002, pp. 622 e ss.; J. ZILLER, *Il trattato modificativo del 2007: sostanza salvata e forma cambiata del Trattato costituzionale del 2004*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2007, pp. 875 e ss. Più di recente si vedano anche F. BALAGUER CALLEJON, *La democrazia rappresentativa e l'Unione europea*, in *www.federalismi.it* , n. 1/2017, p. 1 e ss.; B. CARAVITA, *Brexit, a che punto è la notte?*, in *www.federalismi.it*, n.16/2017, pp. 1 e ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *www.federalismi.it* , n.20/2018, pp. 2 e ss.

sovranazionali[92], dall'altro ciò conduce ad una serie di valutazioni di segno opposto. Infatti, questo orientamento della Corte potrebbe andare ad evidenziare ancora di più l'inerzia del Parlamento ad assumere decisioni di questo tipo, laddove peraltro esso è il soggetto principale nella difesa della sovranità statale in caso di limitazioni ingiustificate[93]. Ancora, l'azione di difesa parlamentare ha un fondamento rappresentativo, dunque diverso rispetto a quello dei controlimiti azionati dalla Consulta; per questo l'azione della Corte costituzionale dovrebbe porsi in una posizione di sussidiarietà o quantomeno di complementarietà rispetto a quella parlamentare. Anche in tal caso, al pari di quanto evidenziato per la tecnica monitoria, dovrebbe instaurarsi un rapporto "dialogico" tra Corte e Parlamento al fine di consentire a quest'ultimo di agire per primo nella difesa della sovranità statale senza che si creino rischiose situazioni di interposizione o di sostituzione tra i due. Peraltro, in questo discutibile spostamento del baricentro difensivo dal campo politico a quello giurisdizionale potrebbe registrarsi un mutamento dei presupposti applicativi dei controlimiti, in quanto da *extrema ratio* potrebbero assurgere a strumento ordinario di difesa della sovranità statale, determinando così un'alterazione dei poteri e dei contropoteri, che in ossequio alle finalità garantistiche, deve aspirare ad avere dei confini determinati o determinabili[94].

5. L'ottemperanza al monito ed il recepimento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo

In tema di fine vita la Corte di Strasburgo si è dimostrata particolarmente incline ad interpretare estensivamente il dettato normativo della Cedu, anche come un modo per sollecitare gli Stati ad introdurre una disciplina sul tema, pur nel rispetto dei limiti del margine di apprezzamento loro riconosciuto. Più precisamente, con tale *modus operandi* è emerso da un lato l'"attivismo" della Corte Edu di fronte alle situazioni prive di una tutela legislativa a livello nazionale e dall'altro l'atteggiamento inerte degli Stati ad ovviare a tale inconveniente[95].

Dal caso *Pretty* a quello *Lambert* fino al più recente caso *Charlie*, il principio dell'autodeterminazione e della tutela della dignità di porre fine alla propria vita quando le sofferenze fisiche e mentali non consentano più di proseguire la propria esistenza sono stati i punti nevralgici dai quali la Corte di Strasburgo ha sviluppato il suo orientamento giurisprudenziale[96]. Non è casuale quindi che nell'ordinanza sul caso

[92]M. LUCIANI, *op.ult.cit*, pp. 11 e ss.
[93]Ibidem.
[94] Ibidem.
[95]R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in www.giurcost.org, fasc. 3/2018, pp. 628 e ss.
[96]U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzioni di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole). Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Rivista Aic*, n.2/2016, pp. 1 e ss.; R. BIFULCO, *Esiste un diritto al suicidio assistito nella Cedu?*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, pp. 166 e ss.; A. CIERVO, *Lambert contro Lambert, ovvero la Corte di Strasburgo e la morale provvisoria*, in www.dirittocomparati.it, 18 Giugno 2015, pp. 1 e ss.; G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio*

Cappato venga fatta un'espressa menzione alla giurisprudenza Edu e al suo orientamento dopo il caso *Pretty*[97].

Tuttavia, il riferimento al dato convenzionale viene impiegato per evidenziare che l'assenza di una disciplina normativa ha determinato una disomogeneità di trattamento nell'ambito del sistema Cedu, spingendo i soggetti a praticare l'eutanasia dove invece è ammessa tale eventualità. Quando si parla di omogeneità di trattamento di un diritto nel sistema Cedu si fa riferimento anzitutto alla necessità di adeguarsi alla normativa convenzionale e all'orientamento seguito dalla Corte di Strasburgo per poi garantire una tendenziale uniformità di trattamento[98]. Qualora si costruisca un sistema multilivello di tutela dei diritti è necessario perseguire una qualche forma di tendenziale "allineamento" tra gli Stati firmatari altrimenti il recepimento della Cedu avverrebbe in modo frammentato con il rischio di condanne da parte della Corte di Strasburgo nei confronti dei Paesi inadempienti[99]. Questo aspetto chiama in causa il problema della modulazione degli effetti delle decisioni della Corte Edu che la Consulta ha avuto modo di specificare ed affrontare a più riprese giungendo a subordinare la loro vincolatività al consolidamento dell'orientamento convenzionale[100]. D'altra parte, questo approdo interpretativo è stato giudicato come una modalità per circoscrivere la diretta applicabilità delle norme convenzionali e per difendere il primato assiologico della Costituzione[101]. Ciò perché la Corte di Strasburgo aveva tentato di innescare un rapporto paritario tra le due Carte, ispirato alla ricerca della norma che garantisca la massima tutela dei diritti[102], smarcandosi così da una visione formalista delle fonti.

Tale prospettazione riporta in auge la *vexata quaestio* dell'interazione orizzontale o verticale tra fonti che tutelano i diritti fondamentali[103] e nell'ordinanza Cappato la Consulta non perde l'occasione per disinnescare questa "circolarità" paventata dal giudice *a quo* nel momento in cui afferma che dal

assistito, in *Rivista Aic*, n.1/2019, pp. 1 e ss.; M. ZANICHELLI, *L'aiuto al suicidio può essere obbligo degli Stati? Paradossi del diritto a morire*, in *Quaderni costituzionali*, 2011, pp. 1 e ss.

[97]Punto 7 del Considerato in diritto dell'ordinanza 207 del 2018.

[98]R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 628 e ss.; A. Ruggeri, *Corte costituzionale, Corti europee, Giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress a geometria variabile*, in www.giurcost.org, fasc. 3/2018, pp. 556 e ss.

[99]G..ZAGREBELSKY, *Corte cost.n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio Aic*, n.2/2015, pp. 5 e ss.

[100]Sul punto si veda in particolare la sentenza n. 49 del 2015.

[101]R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., pp. 628 e ss.

[102]Ibidem.

[103]Auspica la creazione di un sistema paritario tra fonti che tutelano i diritti umani A.RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, Giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress a geometria variabile*, in www.giurcost.org, fasc. 3/2018, pp. 558 e ss. Non giudica tale soluzione ammissibile perché aumenterebbe una situazione entropica tra fonti R. BIN, *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Studi in onore di F. Modugno*, Napoli, 2011, pp. 374 e ss.

combinato disposto degli artt. 2 Cost. e 2 Cedu non vi sono gli elementi per colmare la lacuna senza che prima ci sia un "filtro" di tale giurisprudenza da parte del legislatore[104]. In questo modo, la Corte costituzionale non fa altro che ribadire quanto affermato nei suoi precedenti, obbligando i giudici comuni a modulare il recepimento della Cedu secondo i criteri fissati a partire dalle c.d. sentenze "gemelle" del 2007[105].

Sicché, tornando all'iter motivazionale, la supremazia della Costituzione è anche in questo frangente l'elemento che deve essere salvaguardato, in quanto, nonostante l'evoluzione giurisprudenziale della Corte Edu in tema di fine vita, non è possibile un'applicazione diretta dell'art. 2 Cedu ma è prodromico l'intervento legislativo per colmare la lacuna[106].

Un dato interessante è che in questa vicenda l'assenza di un'apposita disciplina ha mostrato ancora una volta l'inclinazione creativa dei giudici comuni circa il modo di intendere l'interazione tra le fonti, nel senso di mostrarsi favorevoli ad alimentare quella circolarità tra sistemi normativi che la Consulta non condivide[107]. La ragione di tale disappunto è da ricercarsi nel fatto che se il criterio valoriale predilige la ricerca della norma che garantisce la massima tutela[108] dall'altro la prevalenza di una concezione verticistica è l'unica soluzione che tutela l'applicazione della norma avente un maggiore fondamento democratico[109]. La Cedu e le norme convenzionali non hanno una provenienza così democratica, laddove per tale caratteristica debba intendersi una fonte che promana da un organo dotato della legittimazione rappresentativa[110]. Allo stato attuale la mancata comunitarizzazione della Cedu e le carenze addebitabili al processo di "parlamentarizzazione" dell'UE spingono ad avvalorare tale assunto[111]. Per questo, il valore sub- costituzionale della CEDU nonché gli obblighi relativi al suo recepimento ex art. 117 Cost. sono interpretabili anche come dei parametri finalizzati ad evitare che la persistenza di un vuoto di tutela, come agevolare la morte dignitosa altrui, possa compromettere una visione verticistica delle Carte ad opera del potere giudiziario e della sua inclinazione creativa.

---

[104]Punto 7 del Considerato in diritto dell'ordinanza 207 del 2018.

[105] R. ROMBOLI, *op.ult.cit.*, pp. 628 e ss.

[106]Ibidem.

[107] I problemi relativi alla diretta applicabilità delle norme Edu nell'ordinamento italiano e alla loro posizione nell'ambito della gerarchia delle fonti erano sorti proprio per alcune sentenze dei giudici comuni che prima delle sentenze gemelle della Corte costituzionale avevano iniziato ad instaurare un'interazione circolare tra le norme interne e quelle convenzionali. Menziona tale aspetto E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale*, in *Corriere giuridico*, n.7/2010, pp. 958 e ss.

[108]A. RUGGERI, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee. Bilanciamenti interordinamentali e controlimiti mobili a garanzia dei diritti fondamentali,* cit., pp. 3 e ss.

[109]R. BIN, *op.ult.cit.*, pp. 374 e ss.

[110]D. TEGA, *La Corte Edu: processo e politic*a, in *www.federalismi.it*, n.3/2019, pp. 2 e ss., la quale fa anche notare che la Corte Edu non può considerarsi una Corte costituzionale nonostante le procedure di cui dispone tentino di avvicinarla ad un organo di tal genere.

[111]M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, cit., pp. 10 e ss.

6. Nota conclusiva

Il caso Cappato potrebbe costituire un precedente per inaugurare una diversa attività monitoria, che rispecchia il crescente potere dei giudici in tema di tutela dei diritti fondamentali. Più precisamente l'esigenza di riconoscere "nuovi" diritti ha determinato un ricorso di stampo creativo a tale tecnica decisoria, perché proteso a dettare i tempi di intervento dell'azione parlamentare. In tal caso si porrebbero due generi di problemi a seconda che il Parlamento dia o meno seguito al monito della Corte costituzionale.

Da una parte, potrebbe verificarsi che la mancata ottemperanza al sollecito monitorio possa essere interpretata come una conseguenza della ripartizione dei poteri nell'ambito dello Stato costituzionale, in cui deve sussistere una netta distinzione tra azione "politica" e azione "in-politica". In altri termini, nonostante la presenza di lacune normative, censurate dalla Corte mediante le pronunce monitorie, il Parlamento potrebbe non seguire la tempistica di intervento dettata dalla Corte in virtù della sua discrezionalità a fissare i lavori dell'attività legislativa. Dall'altra, invece, l'ottemperanza al monito potrebbe intendersi come un segnale di celerità dell'azione parlamentare nonché di cooperazione tra Corte e Parlamento nel riconoscimento di nuove forme di tutela dei diritti. C'è da dire però che in quest'ultima ipotesi si andrebbe a creare un rischioso precedente che potrebbe legittimare il Giudice delle leggi a ricorrere a termini non "dilatori" ma "perentori" per ovviare all'inerzia delle Camere. Così facendo, peraltro, si agevolerebbe la creazione di un modello di diritti "giurisprudenziali" in cui finanche i poteri "in- politici" assumono un ruolo peculiare, nel senso di dettare i tempi entro cui il Parlamento è chiamato a legiferare. In questo modo, il riconoscimento dei diritti meritevoli di tutela sarebbe oggetto di una preventiva valutazione da parte del potere giudiziario ed il Parlamento continuerebbe a "ratificare" una decisione presa in altra sede. Tutto ciò andrebbe a discapito della stessa tutela dei diritti, in quanto il potere giudiziario "lasciato solo" potrebbe risultare "(..) sopraffatto dalle forze materiali e dal vento del tempo che ai diritti delle persone"[112] preferisce tutelare gli interessi prevalenti solo in un certo momento storico.

[112]G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, cit., pp. 144.