dirittifondamentali.it

*Dirittifondamentali.it - Fascicolo 2/2019*
*Data di pubblicazione – 18 settembre 2019*

# Garanzia costituzionale della «libertà reale» e controllo accentrato di costituzionalità (in margine all'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale)

di
Anna Gragnani*

**SOMMARIO:** 1. Garanzia costituzionale della «libertà reale» e norme necessarie al «funzionamento» della Corte costituzionale. - 2. Sguardo d'insieme sull'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale. - 3. Garanzia costituzionale della reale libertà di autodeterminazione e incostituzionalità parziale «qualitativa» dell'articolo 580 c.p. - 4. Le conseguenze della parziale illegittimità costituzionale dell'articolo 580 c.p. - 5. L'esito del sindacato di legittimità costituzionale e il rinvio dell'udienza di trattazione di questioni di legittimità costituzionale già risolte. - 6. L'articolo 23, l. 87/1953 come fondamento del potere del giudice costituzionale di «gestire» le conseguenze dell'incostituzionalità non dichiarata? - 7. Ulteriore vigenza di una norma penale incriminatrice incostituzionale temporaneamente sospesa come regola di giudizio e garanzia dello stato di diritto costituzionale: aspetti problematici. - 8. Prospettive sulla terza fase del processo costituzionale: esclusione dell'interpretazione conforme a Costituzione. - 9. Segue. Doppio compito del legislatore e speculare responsabilità della Corte costituzionale? - 10. Il potere della Corte costituzionale di regolare l'attuazione delle proprie decisioni e di attuarle. - 11. Osservazioni conclusive.

## *1. Garanzia costituzionale della «libertà reale» e norme necessarie al «funzionamento» della Corte costituzionale*

La legge 87/1953, *Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*, non ha conseguito il proprio scopo di dotare la Corte costituzionale di un efficiente sistema processuale, non condizionato dai retaggi della tradizione e capace di porsi e di mantenersi nel tempo in un adeguato rapporto di strumentalità rispetto alla garanzia del «nuovo sistema di libertà» e all'aspirato rafforzamento della loro tutela giudiziaria, obiettivi fondamentali della scelta dei costituenti di introdurre la Corte

* Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale – Università di Pisa; assegnista di ricerca in Diritto costituzionale (2005-2010) - Università di Firenze

costituzionale nell'impianto istituzionale[1]. La disciplina del giudizio di legittimità costituzionale, invero, risulta fortemente condizionata dalla tradizionale idea che il bisogno di tutela dei diritti costituzionali si esaurisca nell'assicurazione di sfere di autonomia libere dall'ingerenza del potere statale attraverso l'eliminazione delle limitazioni e delle interferenze incostituzionalmente imposte o autorizzate dalla legge. Modello di riferimento della legge diretta a dotare il giudice costituzionale degli strumenti processuali necessari al suo funzionamento, in attuazione dell'art. 137, comma 2 Cost., è rimasto, fondamentalmente, il classico paradigma della tutela dall'abuso del potere statale, identificato con il comando o con il divieto legislativo.

In tale prospettiva sono pensati, innanzitutto, gli strumenti di raccordo del nuovo organo costituzionale con i tradizionali poteri della compagine statale. Nella legge 87/1953, infatti, ogni istanza di coordinamento fra sindacato di legittimità costituzionale, funzione di tutela giurisdizionale e prerogative del legislatore è destinata ad essere soddisfatta dalla sospensione del giudizio nel corso del quale insorge una questione di legittimità costituzionale (art. 23), dal divieto di applicare la norma dichiarata incostituzionale dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione (art. 30, comma 3) e dalla previsione di una valutazione delle Camere e dei Consigli regionali circa la necessità di adottare provvedimenti di loro competenza in conseguenza della pronuncia della Corte costituzionale (art. 30, comma 2, l. 87/1953). In particolare, la sospensione del processo *a quo* in pendenza del giudizio incidentale di legittimità costituzionale e la conseguente sospensione dell'applicazione della norma

[1] La constatazione è frequente in dottrina, cfr. R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte: Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella' giurisdizionale'. Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, Torino, 2017. Gli obiettivi del legislatore, indicati nel testo, risultano con chiarezza dai lavori preparatori della legge 11 marzo 1953, n. 87, reperibili al seguente *link*, http://legislature.camera.it/_dati/leg01/lavori/schedela/trovaschedacamera.asp?pdl=469-B. Su tali lavori, con particolare riferimento alla problematica dell'efficacia temporale delle sentenze della Corte costituzionale, che sarà oggetto del presente contributo, F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Padova, 1997, p. 14 ss. Sugli obiettivi della scelta dei costituenti di introdurre la Corte costituzionale, E. CHELI, *Prefazione*, in G. D'ORAZIO, *La genesi della Corte costituzionale*, Milano, 1981, p. 9 ss., p. 11. Oltre agli obiettivi indicati nel testo, l'Autore ricorda quello più generale di «rendere attivo e operante il limite della rigidità della Costituzione» e il fine di assicurare un'istanza neutrale di composizione dei conflitti tipici di uno stato regionale. Si rinvia al medesimo volume per una dettagliata ricostruzione dei lavori preparatori dell'Assemblea costituente relativi alla scelta di introdurre la Corte costituzionale nella compagine statale.

di dubbia costituzionalità quale regola di giudizio — come affermato in una risalente sentenza della Corte costituzionale[2] — sarebbero in ogni caso cautele idonee a scongiurare l'«irrimediabile pregiudizio per l'attuazione dei valori costituzionali nell'assetto dei rapporti giuridici», senza che sia necessario mettere in discussione la preminenza della legge, espressione dei più alti livelli di «rappresentatività politica generale» o di autonomia, attraverso iniziative volte a paralizzarne in via preventiva l'efficacia[3].

Secondo la medesima visione riduttiva e semplificata del compito di garanzia affidato alla Corte costituzionale, sono pensati anche gli strumenti volti a rimuovere le violazioni del diritto costituzionale da essa accertate e ad assicurare il ripristino di una situazione conforme a Costituzione: ancora il divieto di applicare le disposizioni dichiarate incostituzionali dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione (art. 30, comma 3, l. 87/1953) e, se del caso, la cessazione dell'esecuzione, nonché di tutti gli effetti penali delle sentenze irrevocabili di condanna pronunciate in applicazione delle norme dichiarate incostituzionali (art. 30, comma 4, l. 87/1953).

Sulla base della premessa che per correggere l'illegittimità costituzionale sia sufficiente la cessazione di efficacia della norma dichiarata incostituzionale e tenuto conto che tale effetto si produce di diritto con la pubblicazione della sentenza, si giustifica l'idea che quest'ultima abbia necessariamente carattere auto-esecutivo. Pertanto, il legislatore ha ritenuto superfluo dotare la Corte costituzionale del potere di regolare l'attuazione delle sue decisioni. Come unica conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale è prevista l'eventualità che altre disposizioni legislative risultino viziate sicché, in deroga al principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, è consentito alla Corte costituzionale di dichiararne l'illegittimità costituzionale in via consequenziale (art. 27, l. 87/1953).

---

[2] Ci si riferisce a Corte costituzionale, sentenza 14 luglio 1989, n. 406, nella quale la Corte si pronuncia sull'ammissibilità di un conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato avente per oggetto le leggi o gli atti aventi forza di legge. La sentenza è annotata da A. PUGIOTTO, *La Corte dei conti in conflitto con gli organi di indirizzo politico: profilo soggettivo, profilo oggettivo e soluzione di merito,* in *Giur. cost.*, 1989, p. 2172 ss.

[3] Non fa parte dell'impianto originario della disciplina la sospensione cautelare dell'esecuzione della legge, prevista, ma soltanto per il giudizio in via principale, dall'art. 9 della legge 5 giugno 2003, n. 131, che ha novellato l'art. 35, l. 87/1953.

Il compito affidato alla Corte costituzionale, tuttavia, si è rilevato più complesso rispetto a quello concepito dalla legge 87/1953[4] perché i diritti costituzionali che essa ha la responsabilità di garantire, in un complesso rapporto di cooperazione con i giudici comuni, non si lasciano ridurre a precetti limitativi del potere statale. La Costituzione, invero, dà fondamento positivo a una concezione della garanzia delle libertà estremamente avanzata, che si indirizza allo Stato non soltanto come loro potenziale «avversario» ma anche come loro «fautore» e «garante»[5] e assume ad oggetto di protezione costituzionale la libertà intesa come fenomeno reale[6], ossia non soltanto quale potere giuridico di realizzare ciò che non è vietato o ciò che è permesso dalle disposizioni costituzionali (la cosiddetta libertà giuridica in senso stretto) ma anche la fattuale possibilità di scegliere in modo autonomo fra diverse alternative di azione[7] nel libero «svolgimento» della persona umana (artt. 2 Cost.), vale a dire la reale possibilità di godere delle libertà, i cui presupposti materiali e ordinamentali devono essere

[4] Sulle esigenze di revisione della legge 87/1953, R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista AIC*, 3/2017, p. 26 ss.

[5] C. CLAUSEN, *Das Verhältnis von Achtungs- und Schutzpflichten in Ausnahmesituationen*, Berlin, 2018, p. 74 ss., per l'esame dei differenti ruoli dello Stato rispetto alle esigenze di garanzia dei diritti costituzionali.

[6] Nell'ambito del dibattito sulle teorie dei diritti costituzionali che guidano l'interpretazione del diritto costituzionale, il concetto di libertà reale come oggetto di garanzia costituzionale è stato particolarmente approfondito dalla letteratura tedesca a partire dal contributo di K. HESSE, *Der Rechtsstaat im Verfassungssystem*, in K. HESSE - S. REICKE - U. SCHEUNER (a cura di), *Staatsverfassung und Kirchenordnung: Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag am 15. Januar 1962*, Tübingen, 1962, p. 71 ss. Per l'osservazione che i diritti costituzionali tutelano la libertà come fenomeno reale, v. anche E. W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in *NJW*, 1974, p. 1529 ss.; W. KREBS, *Rechtliche und reale Freiheit*, in D. MERTEN - H. J. PAPIER (a cura di), *HdB GR*, vol. II, Heidelberg, 2006, p. 291 ss., p. 328 ss. *Ivi* anche la precisazione del concetto di libertà giuridica in senso stretto come permesso di fare e, in senso ampio, come comprensiva anche delle condizioni della libertà reale che lo Stato ha il dovere di assicurare, nonché per l'illustrazione dell'idea di libertà reale come effettiva possibilità di godere della libertà; T. WISCHMEYER, *Die Kosten der Freiheit*, Tübingen, 2015, p. 33 ss., osserva che la teoria della libertà reale coglie aspetti fondamentali del significato delle garanzie costituzionali ma esprime alcune perplessità sul piano dogmatico. Sulla concezione reale e promozionale della libertà con specifico riferimento alla dimensione dell'eguaglianza sostanziale, A. DE MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale,* Atti del convegno annuale di Cassino 10-11 giugno 2016, Napoli, 2017, p. 123 ss., p. 133. Il concetto di libertà reale, come risulterà anche dal prosieguo della trattazione, non deve essere confuso con quello di «libertà di fatto», sul quale A. CERRI, *Rimeditazioni sulla c.d. «libertà di fatto»*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, p. 167 ss.

[7] In tal senso, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 2006, p. 197 ss.

assicurati dallo Stato almeno nella misura prevista dalle disposizioni costituzionali. Lo esplicita l'art. 3, comma 2, Cost.[8]: è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, *limitando di fatto la libertà* e l'eguaglianza degli individui, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, sociale ed economica del Paese.

La portata di tale principio, come risulta dai lavori preparatori della Costituzione, non si esaurisce nell'enunciazione del fondamentale canone di eguaglianza sostanziale ma ha anche una valenza autonoma, che si esprime nel generale riconoscimento della rilevanza costituzionale della dimensione fattuale delle libertà[9] e vale per ogni funzione di protezione dei diritti costituzionali: «negativa»,

[8] Fra i numerosissimi contributi sull'art. 3, comma 2, Cost., B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984, p. 31 ss., p. 88, che mette in rilievo il significato di rottura del formalismo giuridico dell'espressione «di fatto»; A. CERRI, *Eguaglianza giuridica ed egualitarismo*, L'Aquila-Roma, 1984. Con riferimento al controllo di ragionevolezza nel quale la rilevanza della dimensione fattuale della libertà può trovare un'importante espressione, G. SCACCIA, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013 Conferenza trilaterale delle Corte costituzionali italiana, portoghese e spagnola, reperibile al link
https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf, specialmente pp. 12-19; AA. VV., M. DELLA MORTE (a cura di), *La diseguaglianza nello Stato costituzionale*, Atti del Convegno di Campobasso 19-20 giugno 2015, Napoli, 2016; M. DOGLIANI - C. GIORGI, *Art. 3*, Roma, 2017, anche per un aggiornato apparato bibliografico. Sulla «fattualità» come caratteristica del maturo Novecento giuridico, P. GROSSI, *Sulla odierna fattualità del diritto* (2013), ora in ID., *Ritorno al diritto*, Roma- Bari, Laterza, 2015, nonché *L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana*, in *Diritto pubblico*, 2016, p. 811 ss.; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012; M. FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale, per i sessant'anni della Corte costituzionale,* Roma, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2016, reperibile sul sito ufficiale della Corte costituzionale, p. 9 ss., il quale osserva che «In questo passaggio storico, dai diritti dell'individuo in senso astratto ai diritti della persona inserita nella realtà concreta delle relazioni tra i consociati, è contenuto infatti un ulteriore salto, che comporta la demolizione della vecchia tipologia dei diritti, esclusivamente basata sulla norma statale, quasi miracolosamente capace di esprimere, accanto al momento della sovranità, l'aspetto del limite, che è poi quello su cui si fondava la garanzia dei diritti nella epoca d'oro degli Stati nazionali sovrani, tra Otto e Novecento». Con riferimento alla rilevanza della dimensione fattuale nel giudizio di legittimità costituzionale, M. D'AMICO - F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, Napoli, 2018.

[9] Significativa in tal senso è la modificazione, nel corso dei lavori preparatori della Costituzione, della formulazione originaria del medesimo articolo, la quale prevedeva, invece, «È compito della società e dello Stato eliminare gli ostacoli di ordine economico-sociale che, limitando la libertà e l'uguaglianza di fatto degli individui, impediscono il raggiungimento della piena dignità della persona umana ed il completo sviluppo fisico, economico e spirituale di essa». Lo spostamento del termine «di fatto» dopo il gerundio «limitando» anziché dopo i termini libertà

«attiva», «positiva», «processuale» e «procedurale»[10]. La garanzia della libertà intesa come fenomeno reale, dunque, non si risolve nella problematica della tutela dei «diritti

---

e uguaglianza fu suggerito da Togliatti, nella seduta dell'11 settembre 1946, della Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, il cui resoconto è reperibile, come gli altri di seguito citati, al seguente indirizzo *web*, http://www.nascitacostituzione.it/01principi/003/index.htm. Nella discussione generale sul progetto di Costituzione (seduta del 5 marzo 1947), la portata precettiva del riferimento agli ostacoli di fatto fu ulteriormente chiarita da Laconi, il quale mise in rilievo che per conseguenza «lo Stato non deve limitarsi ad un riconoscimento formale delle libertà e dei diritti del cittadino, ma deve intervenire nella vita sociale, economica e politica per rendere effettivo il godimento di questi diritti». Nella prosecuzione della discussione generale del progetto di Costituzione (seduta pomeridiana del 6 marzo 1947), rispetto alla modificata formulazione dell'articolo in discussione — «E' compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano la libertà e l'eguaglianza degli individui» — intervenne ancora Laconi per precisare che «questo articolo è rimasto, ma, non so come, modificato. Il testo del mio articolo era il seguente: "Rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che limitano la libertà e l'eguaglianza di fatto degli individui", appunto per mettere in evidenza il contrasto fra i diritti e la realtà vissuta». Nella seduta pomeridiana dell'Assemblea Costituente, del 24 marzo 1947, Laconi intervenne ancora sul principio in discussione e sottolineò che «per un errore manuale», errore espressamente riconosciuto dal Presidente della Commissione dei 75, la formulazione della disposizione era stata modificata e chiese di correggere tale errore introducendo di nuovo le parole «di fatto», formulazione già proposta dalla Sottocommissione ed approvata dalla Commissione dei 75. Aggiunse sul punto, «Teniamo comunque a precisare che l'introduzione di queste parole conferisce a tutto l'articolo un più particolare e più pregnante significato, in quanto i limiti che sono posti oggi alla libertà e all'eguaglianza dei cittadini non sono limiti di ordine formale — e ciò risulta da tutto il testo della Costituzione che noi andiamo in questo momento elaborando — ma sono appunto limiti di fatto che la Repubblica si impegna a superare, attraverso lo svolgimento di una particolare politica sociale e attraverso l'attuazione di quegli stessi principî che noi avremo introdotto nella Costituzione».

[10]Sostanzialmente, quindi, l'art. 3, comma 2, Cost., dà un immediato fondamento di diritto positivo alla garanzia della libertà reale, oggetto di riflessione teorica specialmente nell'ambito della letteratura tedesca, la quale ne ha trovato un meno immediato fondamento di diritto positivo nel principio dello Stato sociale, sancito dall'art. 20 *GG*, cfr. K. HESSE, *Der Rechtsstaat im Verfassungssystem*, cit., p. 85 ss.; W. KREBS, *Rechtliche und reale Freiheit*, cit., p. 328. L'idea di una pluralità di «dimensioni» o «effetti» o «funzioni» di garanzia dei diritti costituzionali e la loro distinzione in dimensione «negativa» (consistente nella assicurazione di una sfera libera da interferenze esterne) «positiva» (consistente nel riconoscimento della pretesa all'erogazione di prestazioni finanziarie o di servizi) «attiva o funzionale» (consistente nella garanzia della partecipazione alla vita statale anzitutto con il diritto di voto), «processuale» (consistente nella garanzia dei diritti attraverso il processo giurisdizionale) e «procedimentale» (consistente nella garanzia dei diritti attraverso procedimenti di carattere non giurisdizionale) si è affermata, come noto, a partire dall'opera di G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, ed. riv. 1905, successivamente integrata con la previsione della dimensione processuale e di quella procedimentale. Tali distinzioni hanno perso nei moderni ordinamenti la loro capacità di classificazione sistematica dei diritti poiché le opposte funzioni possono coesistere nello stesso diritto, cioè essere funzionali alla protezione del medesimo bene. Tuttavia, esse conservano fondamentalmente inalterato il loro potenziale descrittivo, pertanto, sono considerate un valido strumento interpretativo per agevolare l'identificazione del contenuto dei diritti, cfr. J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, in J. ISENSEE – P. KIRCHHOF (a cura di), *HBStR*, vol. IX, Heidelberg, 2011, III ed. completamente

finanziariamente condizionati»[11], ma viene in considerazione, altresì, quale generalizzazione della figura dogmatica del dovere statale di protezione[12]. Con la

---

rivista e ampliata, p. 413 ss. e *ivi*, K. STERN, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, p. 57 ss. Specialmente le distinzioni fra dimensione negativa e dimensione positiva sono di impiego corrente anche nella dottrina italiana e sono utilizzate, senza pretesa di trarne un ordine sistematico, anche dagli autori che ritengono preferibile rinunciare alla classificazione dei diritti, ad esempio, P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione*, Padova, 1966, pp. 21-22; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, *passim*, il quale, tuttavia, considera le distinzioni dei diritti qualificazioni prive di forza analitica. Ulteriori precisazioni sulle qualificazioni dei diritti in P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2017. Per alcuni rilievi critici sulla classificazione ideata da Jellinek e per soluzioni alternative, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali,* Padova, 2003, p. 65 ss. Per una prospettiva di diritto comparato, P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010.

[11] Sul tema, M. LUCIANI, *I diritti "finanziariamente condizionati": profili di una categoria controversa*, in AA. VV., *La tutela degli interessi finanziari della collettività nel quadro della contabilità pubblica: principi, strumenti, limiti*, Atti del LXIII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna-Villa Monastero, 21-23 settembre 2017, Milano, 2018, pp. 341 ss.

[12] In tal senso, W. KREBS, *Rechtliche und reale Freiheit*, cit., p. 318 ss. La figura dogmatica del «dovere statale di protezione» quale fondamento di diritti soggettivi giustiziabili nel giudizio di legittimità costituzionale è stata elaborata dalla dottrina tedesca e sviluppata dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale della Germania ma poi recepita in diversi altri ordinamenti, nonché nel diritto europeo. Fra i numerosi contributi sul tema, G. DÜRIG, *Art. 1 GG*, in T. MAUNZ - G. DÜRIG (a cura di), *Grundgesetz, Kommentar*, München, I[a] ed. 1958; R. BREUER, *Grundrechte als Anspruchsnormen*, in O. BACHOF - L. HEIGL - K. REDEKER (a cura di), *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe 25 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, München, 1978, p. 89 ss.; R. WAHL - J. MASING, *Schutz durch Eingriff*, in *JZ*, 1990, p. 553 ss.; C. CALLIESS, *Rechtsstaat und Umweltstaat – Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, Tübingen, 2001, ID., *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhaltnis*, in *JZ*, 2006, p. 321 ss; J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, cit., p. 413 ss.; C. CLAUSEN, *Das Verhältnis von Achtungs- und Schutzpflichten in Ausnahmesituationen*, Berlin, 2018. Il Tribunale costituzionale federale ha sviluppato gli obblighi di protezione in una serie di decisioni molto importanti: cfr., tra le altre, *BVerfGE*, 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch*), in materia di interruzione volontaria della gravidanza, nella quale il Tribunale ha affermato che l'obbligo dello Stato di proteggere la vita del nascituro non si esaurisce nel dovere di non interferire nella vita in corso di sviluppo, bensì impone allo Stato anche il dovere di attivarsi per la protezione di tale vita; *BVerfGE*, 46, 160 (Schleyer); nella quale, in occasione del rapimento del Presidente della confederazione degli industriali, Martin Schleyer, il Tribunale ha affermato che l'art. 2, comma 2, frase 1, *GG* in combinato disposto con l'art. 1, comma 1, frase 2 *GG* obbliga lo Stato a proteggere ogni vita umana, che questo dovere di protezione è completo e si indirizza anche contro interferenze di terzi; *BVerfGE*, 49, 24 (*Kontaktsperre-Gesetz*), nella quale il Tribunale costituzionale ha fondato sull'obbligo statale di protezione la legittimità costituzionale della legge che vietava che terroristi in stato di detenzione avessero contatti tra di loro e con il mondo esterno; *BVerfGE*, 49, 89 (*Kalkar*), con la quale il Tribunale costituzionale ha negato che dal dovere di protezione potesse essere fatta discendere una disposizione che escludesse totalmente i rischi che possono derivare dalla concessione di licenze di impianti tecnici e dal loro funzionamento. Sulla figura dogmatica del dovere di protezione nella letteratura italiana, G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1970; R. BALDUZZI - M. CAVINO - E. GROSSO - J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007; A. DE MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Cos'è un diritto fondamentale,*

precisazione che, ovviamente, la medesima garanzia non implica il dovere dello Stato di assicurare qualsiasi immaginabile possibilità fattuale di azione, essendo la rilevanza costituzionale della dimensione fattuale della libertà inscindibilmente collegata all'oggetto e alla *ratio* di protezione delle disposizioni che riconoscono i diritti costituzionali al fine di assicurare il pieno sviluppo della persona (art. 3, comma 2, Cost.).

La teoria della libertà reale esprime una concezione particolarmente avanzata del sistema costituzionale di protezione dei diritti perché la correlazione della garanzia alle fattuali possibilità del loro godimento consente di conservare stabili nel tempo i valori costituzionali anche rispetto allo sviluppo di nuove fonti di pericolo e giustifica, se necessario, l'innalzamento del livello di tutela in proporzione all'entità dei fenomeni che minacciano i diritti. Indipendentemente da espliciti riferimenti alla teoria della libertà reale, è questa la logica che ha guidato il dispiegamento degli effetti di protezione dei diritti costituzionali rispetto a pericoli sconosciuti (almeno nella loro entità) ai costituenti, come, ad esempio, quelli scaturenti dall'inquinamento dell'ambiente[13], i quali hanno dato luogo allo sviluppo della tutela precauzionale dal rischio in aggiunta alla tradizionale soglia di protezione dal pericolo, che è insufficiente nei casi di incertezza scientifica[14]. Paragonabili sviluppi si auspicano oggi di fronte al

---

cit., p. 129 ss.; con particolare riferimento alla scelta dell'individuo di porre fine alla propria esistenza e alla sua protezione da interferenze provenienti da terzi, G. GEMMA, *Diritto a rinunciare alla vita e suoi limiti,* in G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare,* Napoli, 2009, p. 1005 ss. Sulla figura dogmatica del dovere di protezione nel diritto europeo, P. SZCZEKALLA, *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht. Inhalt und Reichweite einer gemeineuropäischen Grundrechtsfunktion*, Berlin, 2002.

[13] Sulla rivitalizzazione dell'originaria funzione statale di protezione della sicurezza dei cittadini nella variante della sicurezza ecologica, incentrata sugli effetti di protezione dispiegati dall'art. 32 Cost. di fronte ai nuovi pericoli indotti dall'inquinamento ambientale, prima dell'introduzione della competenza statale per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema (art. 117, comma 2, lett. s), Cost., M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000; S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente,* Milano, 2012, in particolare p. 113 ss. sulla «tutela dell'ambiente per una Costituzione "capace di futuro"».

[14] Sulla distinzione fra rischio e pericolo, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 9 ss., p. 16 ss.; per l'impatto del principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale, S. GRASSI, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione nella giurisprudenza costituzionale*, in L. CHIEFFI (a cura di), *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, Atti del Convegno svoltosi sul belvedere di San Leucio (Caserta) nei giorni 6 e 7 giugno 2002, Torino, 2003, p. 149 ss.

fenomeno della «digitalizzazione»[15] e si attendono rispetto al nuovo «rischio di sopravvivenza»[16], indotto dai progressi della medicina «spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali»[17], come sottolinea la Corte costituzionale nell'ordinanza 207/2018, che ha sollecitato le riflessioni oggetto di questo contributo. Ed è proprio nella medesima pronuncia che il giudice costituzionale — sarà illustrato più avanti nel dettaglio — riconosce le potenzialità di garanzia della teoria della libertà reale in termini non consueti nella sua giurisprudenza. Nel sindacare la concretizzazione del «dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo» (art. 2 Cost., art. 2 CEDU), di cui è espressione il divieto di agevolazione del suicidio previsto dall'art. 580 c.p.[18], infatti, la Corte rifiuta espressamente la «concezione *astratta*[19] dell'autonomia individuale *che ignora le condizioni concrete* di disagio o di abbandono» nelle quali, spesso, matura la scelta di porre fine alla propria esistenza e, contestualmente, richiama il compito della Repubblica di «porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in situazioni di fragilità rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana»[20].

Il compito di garantire l'adempimento dei doveri statali di protezione è ben più complesso di quello prefigurato dagli strumenti processuali di cui la Corte costituzionale dispone per rimuovere le violazioni della Costituzione perché, tipicamente, la struttura finalistica delle disposizioni che prevedono tali doveri indica un risultato che, di regola, può essere conseguito secondo una pluralità di modalità

[15] A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2019, p. 63 ss., p. 86 ss. per la prospettazione di una «dottrina della 'precauzione costituzionale'».

[16] L'espressione citata è di B. MAGRO, *The Last Dance. Riflessioni a margine del c.d. Caso Cappato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, p. 10.

[17] Corte costituzionale, ordinanza 16 novembre 2018, n. 207, n. 8 della motivazione.

[18] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 5 della motivazione. Come si è anticipato, la figura del dovere statale di protezione è una componente fondamentale della concezione della libertà reale, in questa prospettiva, nella citata ordinanza, la Corte fa riferimento a tale figura dogmatica sebbene essa non trovi una testuale espressione nell'art. 2 Cost.

[19] Concezione astratta della libertà che, nel dibattito teorico, fa coppia concettuale, per contrasto, con la concezione reale, per tutti, E. W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, cit., p. 1536.

[20] Così, Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 6 della motivazione, corsivo aggiunto.

alternative[21]. Nell'ordinamento costituzionale spetta al Parlamento sceglierle secondo la sua discrezionalità anche allorché l'adempimento del dovere di protezione costituisce una condizione essenziale per il godimento di un diritto inviolabile. Corrispondentemente, l'accertamento da parte della Corte costituzionale dell'omesso o inadeguato adempimento del medesimo dovere, in genere, non lascia emergere, per effetto del giudicato costituzionale, un'unica modalità di correzione della situazione di incostituzionalità ma una pluralità di soluzioni alternative[22]. In tali casi, per eliminare la violazione della Costituzione si rende necessaria una concretizzazione creativa dei diritti costituzionali. In un ordinamento democratico, che di essa sia autore il legislatore è un valore fondamentale[23], ma dalla correzione delle violazioni della Costituzione dipende il valore, anch'esso fondamentale, dell'effettività della tutela giurisdizionale[24], del quale la Corte costituzionale è corresponsabile insieme ai giudici comuni, i quali, infatti, per poter rendere giustizia nel caso concreto, devono liberarsi dalla soggezione a leggi o a lacune legislative incostituzionali promuovendo questione di legittimità costituzionale.

La medesima difficoltà di superare l'accertata incostituzionalità può presentarsi anche nel caso in cui il legislatore abbia adempiuto a un dovere statale di protezione ma in modo inadeguato, attraverso una tutela insufficiente ovvero eccessiva, che viola sia gli interessi garantiti dal medesimo dovere sia interessi ad essi antagonisti.

Quest'ultima eventualità si verifica allorché la Costituzione assegna al legislatore una duplice responsabilità che prende corpo nella simultanea esistenza di due doveri confliggenti, inscindibilmente diretti alla garanzia di due differenti dimensioni — «negativa» una e «positiva» l'altra — di uno stesso diritto del medesimo titolare o di libertà antagoniste facenti capo a terzi: da una parte, il dovere di rispettare una o più libertà giuridiche in senso stretto e, quindi, di astenersi dall'adozione di regole invasive

[21] Sul punto è fondamentale il contributo di R. BREUER, *Grundrechte als Anspruchsnormen*, cit., p. 94 ss.

[22] Lo evidenziano, fra gli altri, D. GRIMM, *Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverstaändnis? recht, Zeitschrift fuür juristische Ausbildung und Praxis*, 1988, p. 41 ss.; R. WAHL - J. MASING, *Schutz durch Eingriff*, cit., p. 557 ss.

[23] K. MEßERSCHMIDT, *Gesetzgebungsermessen*, Berlin, 2000, p. 69 ss., p. 229 ss., p. 1067 ss.

[24] 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 A. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016 ss., p. 2013 ss., p. 2028.

di sfere di libertà garantita dall'ingerenza del potere statale; dall'altra e al tempo stesso, il dovere di attivarsi per dettare la disciplina necessaria alla protezione o alla garanzia delle condizioni materiali o giuridiche indispensabili al godimento della stessa libertà del medesimo titolare o di un'altra libertà facente capo a un diverso soggetto e antagonista alla prima[25].

In tali casi, se l'interesse tutelato dal dovere di protezione è preminente rispetto agli interessi antagonisti, la cessazione di efficacia della norma incostituzionale, facendo venire meno l'unica tutela prevista, può dar luogo a una situazione di più grave incostituzionalità, sicché la responsabilità del giudice costituzionale per le conseguenze delle proprie decisioni gli impedisce di pronunciare l'illegittimità costituzionale nonostante la fondatezza della questione di costituzionalità sottoposta al suo giudizio. Altrimenti, lo stesso giudice costituzionale si renderebbe responsabile di una violazione della Costituzione.

È esattamente questa la situazione che si determina, come a breve sarà illustrato, nel giudizio costituzionale che ha dato luogo all'ordinanza 207/2018, avente per oggetto l'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina l'aiuto al suicidio. Limitatamente a particolari situazioni, l'incriminazione delle condotte agevolatrici disposta nell'adempimento del dovere statale di tutelare la vita e il diritto di autodeterminazione individuale, secondo la Corte costituzionale, è incompatibile con la Costituzione perché eccedendo la misura della protezione necessaria sacrifica indebitamente il diritto di autodeterminazione nella scelta dei modi con i quali porre fine alla propria esistenza e, di conseguenza, viola anche la libertà personale di chi subisca una sanzione penale per aver cooperato con l'altrui esercizio di tale diritto[26]. Tuttavia, fintanto che per i beni che lo Stato ha il dovere di proteggere non sarà apprestata una forma di tutela adeguata, la disposizione parzialmente incompatibile con la Costituzione non potrà essere dichiarata incostituzionale perché, altrimenti, i medesimi beni resterebbero esposti a possibili abusi non tollerabili dall'ordinamento costituzionale[27]. La dichiarazione di illegittimità costituzionale produce una lacuna regolativa incostituzionale suscettibile di essere colmata secondo una pluralità di

[25] Cfr. C. CALLIESS, *Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhaltnis*, cit.; C. CLAUSEN, *Das Verhaltnis von Achtungs- und Schutzpflichten in Ausnahmesituationen*, cit.

[26] Cfr. Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.

[27] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.

opzioni alternative. Per tali costellazioni, il giudice costituzionale non è provvisto dalla legge processuale di strumenti adeguati ad assicurare la correzione della riscontrata violazione della Costituzione attraverso l'indispensabile coordinamento con il Parlamento e con i giudici comuni. A causa della complessità del sistema di protezione dei diritti costituzionali, quindi, le regole processuali previste dalla legge 87/1953 (artt. 23, 27 e 30) risultano inadeguate a garantire «il funzionamento» della Corte costituzionale (art. 137, comma 2, Cost.) anche rispetto alla tutela dal genere di lesione per il quale esse sono concepite, cioè la garanzia delle libertà da ingerenze del potere statale, come, tipicamente, è un divieto sanzionato con una pena privativa della libertà personale.

Proprio il valore supremo degli interessi coinvolti nella collisione appena descritta evidenzia l'urgenza di trovare strumenti di raccordo funzionale adeguati a conciliare la realizzazione del fondamentale principio democratico attraverso il compimento delle scelte discrezionali affidate al legislatore con il compito di garanzia del principio di costituzionalità affidato alla Corte costituzionale. Altrimenti, i diritti costituzionali, che delle regole di ripartizione del potere statale sono lo scopo, rischiano di restare formule vuote.

Un originale meccanismo di coordinamento fra il proprio compito di garanzia, le prerogative del legislatore e la funzione di tutela giurisdizionale affidata ai giudici comuni è ideato nell'ordinanza 207/2018 dalla stessa Corte costituzionale. Ci si propone di esaminarlo e di verificarne l'efficienza, sia come generale modello di soluzione del problema che intende risolvere[28], sia rispetto agli obiettivi perseguiti dal giudice costituzionale nel caso concreto che ha dato luogo alla sua creazione.

Considerato il complesso intreccio fra questioni sostanziali e processuali e tenuto conto della novità delle soluzioni sperimentate nella ricordata ordinanza, conviene avvicinarsi ad essa attraverso un primo sguardo d'insieme.

[28] Per questa prospettiva di indagine, fra gli altri, E. ROSSI, *L'ordinanza n. 207 del 2018: un tentativo di reagire a omissioni (incostituzionali) del legislatore*, in AA. VV., *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?* – Bologna, 27 maggio 2019, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2019.

### *2. Sguardo d'insieme sull'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale*

Allo scopo di coordinare il proprio compito di garanzia della Costituzione con le prerogative del legislatore e con la funzione di tutela giurisdizionale affidata ai giudici comuni, nell'ordinanza 207/2018[29], la Corte costituzionale delinea una nuova articolazione del giudizio incidentale di legittimità costituzionale. La sequenza predeterminata dalla legge come sua struttura costante ne risulta alterata e il processo articolato in tre fasi, nelle quali la Corte costituzionale esercita anche poteri non disciplinati dalla legge, benché necessari all'efficiente adempimento del compito di garanzia della Costituzione, cioè il potere di gestire le conseguenze delle proprie decisioni e di disporre in merito alla loro attuazione.

[29] Sull'ordinanza della Corte costituzionale, 207/2018, cit. fra i numerosi contributi, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Questione Giustizia*, 2018, p. 1 ss.; 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, Studi* 2019, p. 92 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Diritto Penale Contemporaneo,* 2018; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Biolaw journal/Rivista di Biodiritto*, 2018; G. SORRENTI, *Etwas Neues unter der Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore. In margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato,* in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2018, p. 711 ss.; N. FIANO, *"Caso Cappato, vuoti di tutela costituzionale. Un anno al Parlamento per colmarli". Riflessioni a caldo a partire dal modello tedesco*, in www.forumcostituzionale.it, 2018, ID., *Il 'Bundesverfassungsgericht' e l'arte di differire gli effetti "finanziari" delle proprie decisioni nel tempo: riflessioni sull'ordine di applicazione della norma incostituzionale alla luce della recente sentenza sulla 'Grundsteuer'*, in *federalismi.it,* n. 23/2018; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura,* in *Forum Quaderni costituzionali*, 2018; M. PICCHI, *"Leale e dialettica collaborazione" fra Corte costituzionale e Parlamento: a proposito della recente ordinanza n. 207/2018 di monito al legislatore e contestuale rinvio della trattazione delle questioni di legittimità costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018; A. SESSA, *Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018* e S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019; P. BILANCIA, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e di fine vita*, in *federalismi.it*, n. 5/2019; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?* in questa *Rivista*, 1/2019; ID. P. ZICCHITTU, *Inerzia del legislatore e dialettica istituzionale nell'ordinanza della Corte costituzionale in tema di aiuto al suicidio*, in *Diritti fondamentali*, 2019; R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019; AA. VV., *Il Forum - Sull'ordinanza Cappato, in attesa della pronuncia che verrà*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, 2019; AA. VV., *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?* cit.; S. GIANELLO, *Sulla legittimità costituzionale (a determinate condizioni) dell'aiuto al suicidio sulla via più consono al suo riconoscimento*, in *federalismi.it*, n. 13/2019.

Nella prima fase del processo, respinte le eccezioni di inammissibilità sollevate dall'Avvocatura dello Stato[30], delle due questioni promosse dal giudice *a quo*, la Corte esamina quella principale, che ha per oggetto l'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina l'aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, anche se non si è tradotto in determinazione o rafforzamento dell'altrui proposito di suicidio, censurato per violazione degli artt. 2, 13, comma 1, e 117 Cost. in relazione agli artt. 2 e 8 CEDU[31]. Come sarà illustrato nel dettaglio più avanti, la Corte considera la questione parzialmente fondata: l'art. 580 c.p. è incompatibile con la Costituzione nella parte in cui incrimina l'assistenza al suicidio prestata a persona affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente

[30] Si tratta in particolare delle eccezioni di inammissibilità delle questioni sollevate che contestano la omessa interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice *a quo*, il quale, secondo l'Avvocatura dello Stato, avrebbe anche impropriamente utilizzato una questione di legittimità costituzionale allo scopo di conseguire un avallo interpretativo dalla Corte costituzionale e inammissibilmente richiesto una pronuncia manipolativa in materia rimessa alla discrezionalità del legislatore, cfr. Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 3 della motivazione.

[31] L'ordinanza di rimessione della Corte d'assise di Milano, del 14 febbraio 2018, è pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 11/2018. In via subordinata, il giudice *a quo* ha promosso anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui equipara sotto il profilo sanzionatorio le condotte di agevolazione dell'esecuzione del suicidio a quelle più gravi di istigazione, per contrasto con gli artt. 3, 13, 25, comma 2, e 27, comma 3, Cost. Sull'implicito rapporto di subordinazione fra le due questioni, Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 1 della motivazione. L'ordinanza della Corte d'assise è annotata da R. ROMBOLI, in *Foro it.*, 2018, c. 414 ss. e da G. BATTAGLIA, *La questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.: una tappa (necessaria?) del caso Cappato*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 493 ss. La questione di legittimità costituzionale che ha dato luogo alla creazione della strategia processuale che si intende esaminare è stata sollevata nel corso del processo penale nei confronti di Marco Cappato, noto attivista politico, che, allo scopo di sensibilizzare l'attenzione del Parlamento sulla mancanza di un'adeguata disciplina del «fine vita», si è autodenunciato alla Procura della Repubblica per aver esaudito la richiesta di una persona tenuta in vita da presidi sanitari, in stato di grave e irreversibile sofferenza, di essere accompagnata in auto in una clinica svizzera, dove, accertata la sua capacità di intendere e di volere, si è iniettata una sostanza letale avvalendosi del suicidio medicalmente assistito, consentito dalla legge elvetica. A Cappato è stato contestato il reato sanzionato dall'art. 580 c.p., per aver rafforzato il proposito suicidario della vittima e per aver agevolato l'esecuzione del suo suicidio, ma la Corte d'assise ha ritenuto ascrivibile all'imputato soltanto la condotta di agevolazione. La persona aiutata da Marco Cappato era Fabiano Antoniani, noto come d.j Fabo, rimasto vittima di un grave incidente statale, che lo aveva reso in stato di cecità permanente e tetraplegico. Sulla vicenda, 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 *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2018. Definisce l'iniziativa di Cappato una «lezione di educazione civica», A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali sul "caso Cappato"*, in A. MORRONE (a cura di), *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 2018, p. 3 ss.



dirittifondamentali.it

intollerabili, la quale sia tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti capace di prendere decisioni libere e consapevoli[32]. Ciononostante, la Corte osserva che in assenza di una disciplina della prestazione «di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni»[33], la dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. farebbe venire meno l'unica forma di adempimento del «dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo» attualmente apprestata dall'ordinamento[34], dando luogo a un vuoto di tutela, non colmabile attraverso la consolidata tecnica delle «rime obbligate»[35] perché sono necessari a tal fine «delicati bilanciamenti» «affidati, in linea di principio, al Parlamento»[36]. La dichiarazione di illegittimità costituzionale, quindi, darebbe luogo a una situazione di più grave incostituzionalità: si aprirebbero «scenari gravidi di pericoli» che minacciano la vita di persone vulnerabili[37].

La Corte non formalizza l'esito di parziale accoglimento[38] della questione nel dispositivo dell'ordinanza, tuttavia, nella motivazione si fa carico di gestirne le conseguenze[39]: a) in deroga all'art. 27, l. 87/1953, omette di dichiarare l'illegittimità

[32] Si tratta di una tipizzazione che tiene in attenta considerazione il *petitum* precisato dall'imputato costituitosi nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale, il quale ha chiesto che l'art. 580 c.p. sia dichiarato illegittimo «nella parte in cui punisce la condotta di chi abbia agevolato l'esecuzione della volontà, liberamente formatasi, della persona che versi in uno stato di malattia irreversibile che produce gravi sofferenze, sempre che l'agevolazione sia strumentale al suicidio di chi, alternativamente, avrebbe potuto darsi la morte rifiutando i trattamenti sanitari», così Corte costituzionale ordinanza 207/2018, cit., n. 3 della motivazione. I presupposti in presenza dei quali il divieto dell'assistenza al suicidio è incompatibile con la Costituzione sono tipizzati al n. 8 della motivazione.

[33] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.

[34] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 5 della motivazione.

[35] Secondo la celebre espressione di V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, p. 1694 ss., p 1707.

[36] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.

[37] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.

[38] La Corte afferma che «la tesi della Corte rimettente, nella sua assolutezza, non può essere condivisa», cfr. ordinanza 207/2018, cit., n. 4 della motivazione, vale a dire, come sarà meglio illustrato più avanti, che può essere «condivisa» soltanto parzialmente, ossia in termini tecnici è accolta. Accoglimento e dichiarazione d'illegittimità costituzionale, invero, sono nell'art. 27 due momenti distinti, il primo attiene al convincimento del giudice, il secondo al suo divenire atto di giudizio espresso attraverso la dichiarazione di illegittimità costituzionale con i suoi effetti tipici ovvero in altre tipologie decisorie con differenti effetti. Mette in guardia dal linguaggio «apparentemente cauto e paludato esibito dall'ordinanza», A. RUGGERI, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, intervento al seminario *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, cit., p. 1.

[39] Sul potere di «gestione» delle conseguenze dell'illegittimità costituzionale accertata dal giudice costituzionale e sulla sua distinzione dal potere di regolarne l'attuazione, nonché per l'osservazione che il differimento di taluni suoi effetti ne costituisce l'oggetto tipico, P. LERCHE,

costituzionale della norma che ne è oggetto, cosicché, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale[40], la norma incompatibile con la Costituzione resta vigente ed efficace per evitare una situazione di più grave incostituzionalità[41]; b) allo scopo di mitigare gli effetti pregiudizievoli dell'ulteriore vigenza della norma penale incriminatrice incostituzionale, la Corte indirizza ai giudici comuni la direttiva di sospendere i giudizi nei quali sia rilevante un'analoga questione di costituzionalità, in modo da precludere l'applicazione della medesima norma come regola di giudizio ed evitare, quindi, l'irrogazione della severa pena privativa della libertà personale da essa comminata[42].

La Corte si preoccupa anche di regolare la tempestiva attuazione del non formalizzato esito di parziale fondatezza del sindacato di costituzionalità. A tal fine, indica al Parlamento le esigenze di tutela che, secondo modalità rimesse alle sue scelte discrezionali, esso deve assicurare attraverso la disciplina dell'assistenza al suicidio e si attende che provveda entro un termine di quasi undici mesi[43]. Dispone, inoltre, il rinvio del giudizio «fissando una nuova discussione in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia *in conformità* alle segnalate esigenze di tutela», ossia potrà essere verificata l'attuazione dell'esito del sindacato di legittimità costituzionale già svolto nella prima fase del processo[44].

La seconda fase, di durata pari al ricordato termine, è caratterizzata dalla sospensione del giudizio costituzionale[45].

---

*Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs*, in M. HEINZE - J. SCHMITT (a cura di), *Festschrift für Wolfgang Gitter*, Wiesbaden, Chmielorz, 1995, p. 509 ss.

[40] Sul punto, R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, cit., p. 80 ss., nonché, ID., *La questione è fondata, anzi è inammissibile (ovvero: la Corte e la natura incidentale del suo giudizio)*, 2015, p. 2081 ss. Sul tema anche F. POLITI, *Gli effetti nel tempo delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, cit.

[41] L'art. 27 l. 87/1953 è disapplicato nella parte in cui dispone che quando accoglie un'istanza relativa a una questione di legittimità costituzionale, la Corte dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Come sopra precisato, la Corte ha accolto («condiviso») parzialmente la questione ma non ha fatto seguire a tale esito del sindacato di costituzionalità la dichiarazione di illegittimità costituzionale prevista dall'art. 27.

[42] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione.

[43] Come sarà illustrato più avanti nel testo, la previsione di un termine è una tipica misura regolativa dell'attuazione della decisione.

[44] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione.

[45] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione. Naturalmente, non è da escludere un ulteriore rinvio dell'udienza già fissata in presenza di ragioni che lo giustifichino,

La terza fase è finalizzata, come stabilito nel dispositivo dell'ordinanza, allo svolgimento di un'ulteriore udienza per la trattazione delle questioni sollevate dal giudice *a quo*, benché, nei termini sopra indicati, la questione principale sia risultata fondata e quella subordinata assorbita. Nella motivazione, peraltro, in esito a tale udienza, la Corte si è riservata anche il potere di valutare «l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela»[46]. In vista della definizione del giudizio costituzionale, la Corte ha lasciato intendere di poter assicurare un rimedio effettivo alla riscontrata incostituzionalità anche se il legislatore non avrà risposto adeguatamente alla propria richiesta di colmare la riscontrata lacuna regolativa[47]. In tale eventualità, per le ragioni che saranno illustrate, dell'ampio spettro di soluzioni immaginabili, l'unica in grado di soddisfare le esigenze che hanno precluso l'immediata declaratoria di parziale incostituzionalità della norma oggetto del giudizio sarebbe l'ulteriore esercizio del potere del giudice costituzionale di dare attuazione alle proprie decisioni attraverso una circoscritta disciplina transitoria[48] diretta a colmare la lacuna regolativa conseguente alla dichiarazione della parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

Con la nuova strategia processuale, la Corte intende lasciare al Parlamento la possibilità di esercitare in via prioritaria le sue prerogative per correggere la già riscontrata incostituzionalità attraverso una nuova disciplina della materia e,

---

ad esempio, se fosse prevedibile l'approvazione dell'auspicata disciplina da parte del Parlamento oltre il termine già fissato per la nuova udienza di trattazione ma in uno spazio temporale abbastanza ravvicinato da rendere tollerabile un'ulteriore transitoria vigenza della norma incostituzionale.

[46] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione.

[47] Lo si desume inequivocabilmente dall'affermazione che, per la rilevanza dei valori coinvolti nel caso oggetto del giudizio, la Corte non ritiene tollerabile che la disposizione incostituzionale resti «in vita — e dunque esposta a ulteriori applicazioni per un periodo di tempo non preventivabile», cfr. Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione.

[48] Su tale potere, come sarà illustrato più avanti, già esercitato in altre occasioni dal giudice costituzionale, M. D'AMICO, *Relazione introduttiva*, in M. D'AMICO - F. BIONDI (a cura di), *La Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, cit., p. 17 ss., *ivi* anche, N. FIANO, *Il «governo» degli effetti della declaratoria di incostituzionalità: considerazioni alla luce delle* Unvereinbarerklärungen *adottate dal* Bundesverfassungsgericht, p. 507 ss. e A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, p. 521 ss., p. 528 ss.; sul tema ancora, N. FIANO, *Il 'Bundesverfassungsgericht' e l'arte di differire gli effetti "finanziari" delle proprie decisioni nel tempo: riflessioni sull'ordine di applicazione della norma incostituzionale alla luce della recente sentenza sulla 'Grundsteuer'*, cit., p. 20 ss., con riferimenti anche all'ordinanza 207/2018.

contestualmente, svincolare i giudici comuni dalla soggezione a una legge incostituzionale, con l'implicita intenzione che essi possano definire i processi dei quali sono investiti in applicazione della nuova regolazione della materia che, se del caso, sarà approvata dal Parlamento. Al tempo stesso, per il caso di inadempimento del legislatore, la Corte intende riservarsi la possibilità di garantire le esigenze di tutela non ulteriormente differibili, senza aspettare la eventuale futura rimessione di un'analoga questione di legittimità costituzionale, in modo da preservare l'autonomia della giurisdizione costituzionale nel relativo ambito funzionale. Invero, se le indifferibili esigenze di garanzia dei diritti inviolabili riscontrate dalla Corte costituzionale dipendessero dall'attivazione del legislatore o dalla rimessione di un'analoga questione di legittimità costituzionale da parte di un giudice comune, da quest'ultimo ovvero dal Parlamento dipenderebbe la realizzazione della funzione di garanzia del principio di costituzionalità in relazione ad un'esigenza di tutela della quale la Corte costituzionale è già stata investita. L'assicurazione dell'autonomia funzionale della giurisdizione costituzionale non può essere pretermessa perché, nei moderni ordinamenti costituzionali, l'autonomia di ciascun organo costituzionale nel proprio ambito funzionale costituisce una componente indefettibile del sistema di ripartizione del potere, che si aggiunge all'elemento classico della distribuzione dei compiti secondo criteri di adeguatezza funzionale[49].

[49] Sulla realizzazione delle esigenze di garanzia dell'indipendenza e dell'autonomia funzionale della Corte costituzionale come nodo centrale della disciplina del processo costituzionale, diffusamente, M. CECCHETTI, *Per una rinnovata riflessione sul potere normativo della Corte costituzionale per la disciplina dei propri giudizi*, in P. CARETTI - M. C. GRISOLIA (a cura di), *Lo Stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, 2010, p. 227 ss.; R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro. Un convegno per ricordare Alessandro Pizzorusso*, in *Consulta Online*, 2018. Sul principio di separazione dei poteri, G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985; sul concetto di autonomia funzionale come componente aggiuntiva del classico modo di intendere il principio di ripartizione dei poteri statali, D. GRIMM, *Stufen der Rechtsstaatlichkeit*, in *JZ*, 2009, p. 596 ss. Sul canone di adeguatezza funzionale, T. VON DANWITZ, *Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur –Verfassungsvorgaben fuŸr staatliche Entscheidungsstrukturen und ihre gerichtliche Kontrolle*, in *Der Staat*, 35, p. 329 ss.; O. KUSTER, *Das Gewaltenproblem im moderner Staat*, in *AOR*, v. 36, p. 397 ss.; R. A. LORZ, *Interorganrespekt im Verfassungsrecht*, Tubingen, 2001. Sul principio di adeguatezza come parametro di decisione è di particolare interesse la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, ad esempio *BVerfGE*, 68, 1, 86, sul tema ulteriori riferimenti in A. GRAGNANI, *La distinzione fra diritto e potere nello Stato di diritto costituzionale: il comunicato-stampa «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005» e il canone di «adeguatezza funzionale»*, in *ConsultaOnline*, 2014.

Si tratta di un'esigenza non conseguibile attraverso la consolidata tecnica di giudizio della pronuncia di inammissibilità con monito al legislatore, sino ad oggi impiegata dal giudice costituzionale. Quest'ultima, infatti, ponendo fine al processo, priva la Corte del controllo sulla correzione della situazione di incostituzionalità, mentre mantiene in vigore la norma non conforme a Costituzione, che, quindi, resta «esposta a ulteriori applicazioni» «per un periodo di tempo non preventivabile»[50], ossia fino a quando — ma solo eventualmente — sarà promossa un'analoga questione di legittimità costituzionale.

Prima di esaminare nel dettaglio la nuova creazione giurisprudenziale, occorre un'ulteriore precisazione. Nell'illustrare l'originale meccanismo di raccordo funzionale, la Corte costituzionale ha dichiarato di aver fatto «leva sui propri poteri di «gestione del processo costituzionale»[51]. Che la Corte si sia avvalsa del suo potere di rinvio dell'udienza di trattazione è indubbio[52], ma ciò non deve dare luogo al fraintendimento che il meccanismo ideato si esaurisca davvero nell'effetto endoprocessuale della fissazione di una nuova udienza di trattazione e che i poteri di cui la Corte giustifica l'esercizio nella motivazione dell'ordinanza siano tali da esaurirsi nel mero «governo del processo», sicché da essi non dovrebbe discendere alcun «effetto di sorta circa il contenuto della decisione finale». Invero, risulta dalla motivazione dell'ordinanza, come in parte si è già constatato, che la Corte costituzionale ha esercitato poteri attinenti al merito del giudizio e destinati a incidere sul contenuto della decisione definitiva: ha respinto le eccezioni di inammissibilità delle questioni sollevate dall'Avvocatura dello Stato; ha riscontrato la parziale incostituzionalità di una norma penale incriminatrice con la Costituzione; ha indicato al Parlamento un termine per approvare una disciplina «*in conformità*»[53] alle esigenze di tutela da essa segnalate, ossia per realizzare una situazione conforme a Costituzione secondo l'esito

[50] Così Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione.
[51] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, n. 11 della motivazione.
[52] Sul potere della Corte costituzionale di disporre il rinvio dell'udienza di trattazione, A. SPERTI, *Intervento*, in AA. VV., *Il Forum - Sull'ordinanza Cappato, in attesa della pronuncia che verrà*, p. 68, nonché *ivi*, E. MALFATTI, *Intervento*, p. 69 ss.;
[53] Così Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n.11 della motivazione, corsivo aggiunto.

del sindacato di costituzionalità già svolto; ha dichiarato l'inammissibilità di alcuni interventi[54].

### *3. Garanzia costituzionale della reale libertà di autodeterminazione e incostituzionalità parziale «qualitativa» dell'art. 580 c.p.*

Ci si propone a questo punto di analizzare l'ordinanza 207/2018 nella parte della motivazione dedicata all'esame della questione di legittimità costituzionale, dalla quale risulta un'influenza decisiva della premessa interpretativa che i parametri invocati nel giudizio costituzionale assumono ad oggetto di garanzia la libertà intesa come fenomeno reale, con i corrispondenti risvolti riguardo agli strumenti processuali necessari al «funzionamento» della Corte costituzionale[55].

La Corte, si è già anticipato, è chiamata a decidere la questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina l'aiuto al suicidio in alternativa alle condotte di istigazione e, quindi, anche se non si è tradotto in

[54] Per le espressioni citate nel testo e sulla distinzione fra i poteri di gestione del processo e i poteri che influenzano il contenuto della decisione, G. FABBRINI, *Potere del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 721 ss., versione digitale § 3. L'Autore precisa che sono poteri di governo del processo quelli che non incidono sul contenuto della decisione finale, così, ad esempio, la determinazione della data di un'udienza di discussione, benché tale potere possa avere un notevole impatto sotto il profilo dell'effettività della futura decisione; secondo il medesimo Autore, non appartengono, invece, ai poteri di gestione del processo quelli che da soli o in combinazione con l'esercizio dei poteri di parte incidono sul contenuto della decisione, ad esempio, i poteri che «consentono o escludono la prospettiva della emanazione di una sentenza di merito», «il controllo della validità dei singoli atti attraverso i quali si svolge la vicenda processuale», «la determinazione del contenuto della sentenza sotto il profilo dell'individuazione e di interpretazione della norma applicabile al caso di specie oggetto del giudizio». Sull'anomalo impiego del potere di disporre il rinvio del giudizio per la trattazione di una questione ampiamente trattata e per la ricognizione dei poteri esercitati dalla Corte, R. ROMBOLI, *Caso Cappato: la pronuncia che verrà*, intervento al seminario *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, cit., p. 2.

[55] È noto lo scetticismo che accompagna ogni «teoria dei diritti umani» nella misura in cui di essi non si indichi la base normativa e l'ordinamento su cui si reggono e nel quale trovano tutela, cfr. R. BIN, *Critica alla teoria dei diritti*, cit., versione digitale, capitolo 1, § 4. Sul fondamento della teoria della libertà reale nell'ordinamento costituzionale rinviamo al precedente § 1. È opportuno ricordare l'interessante riferimento dello stesso Autore nel medesimo saggio all'idea espressa da J. BENTHAM, in *Anarchical Fallacies*, in J. BOWRING (a cura di), *The Work of Jeremy Bentham*, vol. II, Edinburgh - London, 1843, p. 523, il quale osservava come i diritti sono «figli della legge», «dalla legge reale derivano i diritti reali» ma «dalla legge immaginaria, ossia dalle leggi di natura derivano diritti immaginari», vale a dire «irreali», secondo l'appellativo che i teorici della libertà reale riservano non soltanto ai diritti naturali ma anche alla cosiddetta «libertà negativa», W. KREBS, *Rechtliche und reale Freiheit*, cit., p. 293 ss.

determinazione o rafforzamento dell'altrui proposito di suicidio, per violazione degli artt. 2, 13, comma 1, e 117 Cost. in relazione agli artt. 2 e 8 CEDU[56].

La generale inoffensività dell'agevolazione del suicidio, intesa come «mera attuazione di quanto richiesto da *chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente*», è sostenuta dal giudice *a quo* sulla base della considerazione che si tratta di un'attività di cooperazione all'esercizio di altrui libertà costituzionalmente garantite[57]. La sua incriminazione, perciò, viola, al tempo stesso, la libertà di chi matura il proposito di porre fine alla propria esistenza con l'altrui aiuto e la libertà personale dell'«agevolatore» (artt. 3, 13, 25, comma 2, 27, comma 3, Cost.)[58].

Le libertà suscettibili di essere agevolate dalla condotta che il giudice *a quo* suppone incostituzionalmente incriminata, secondo quanto precisato nell'ordinanza di rimessione, sono la libertà di ciascun individuo di scegliere quando e come porre fine alla propria esistenza (artt. 2 e 13 Cost. e artt. 2 e 8 CEDU) e la libertà di autodeterminarsi in ambito terapeutico, ossia la libertà di scegliere le cure cui sottoporsi anche se possa conseguirne la morte, nonché la libertà di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo propri canoni di dignità, nonché la libertà di lasciarsi morire (art. 32 Cost.). Si tratta, osserva il medesimo giudice, di scelte insindacabili dall'ordinamento giuridico nelle loro ragioni purché si tratti di decisioni autodeterminate.

Il giudice rimettente si cura anche di precisare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'aiuto materiale al suicidio non lascerebbe prive di tutela le «persone vulnerabili» contro «azioni che minacciano la loro vita». La loro protezione sarebbe assicurata dall'incriminazione dell'istigazione al suicidio perché tale divieto consente di sanzionare «le condotte che "in qualsiasi modo" abbiano alterato il percorso psichico del soggetto passivo *impedendogli* di addivenire *in modo consapevole e ponderato a tale scelta*» e considerato che nella valutazione dell'idoneità di tali condotte a ledere il bene

[56] Sulla questione proposta in via subordinata si rinvia alla precedente nota 29.

[57] Le frasi riportate nel testo sono tratte dalla citata ordinanza della Corte d'assise di Milano. In proposito, la medesima Corte ha precisato anche che a tali requisiti corrisponde la condotta di Cappato, che era consistita «in interventi diretti nei confronti di una persona *non isolata, non in stato di abbandono, in grado di attingere sostegno in tante altre persone per ponderare bene le proprie decisioni, e costretta a far ricorso ad un soggetto terzo solo perché impossibilitata fisicamente a realizzare da solo quanto deciso*», corsivo aggiunto.

[58] Ordinanza della Corte d'assise di Milano, cit.

protetto dalla norma incriminatrice deve essere svolta «un'indagine particolarmente rigorosa sul percorso deliberativo del soggetto passivo, in primo luogo sul *suo stato di salute mentale, nonché sulle condizioni in cui ha vissuto e su tutti i fattori*, tra cui il contributo di terzi, che possono aver inciso sulla sua decisione». Aggiunge, infine, il giudice *a quo*, che fra i comportamenti che alterano il processo di formazione della volontà dell'aspirante suicida sono compresi non soltanto quelli di persuasione diretta ma anche gli «interventi che pregiudichino il suo esame della realtà, che impediscano che alla persona vengano fornite tutte le informazioni, prospettate tutte le alternative del caso, attivati tutti supporti per farlo riflettere ed eventualmente desistere dal suo progetto auto lesivo»[59].

Nelle argomentazioni del giudice *a quo* la liceità della condotta agevolatrice del suicidio trova la sua imprescindibile giustificazione nel carattere libero e consapevole della scelta di chi chiede di essere aiutato a porre fine alla propria vita. L'autodeterminazione di tale scelta è, tuttavia, soltanto astrattamente supposta, così come lo è la disponibilità dei supporti informativi e di sostegno ad essa necessari, tanto che il giudice ipotizza il loro impedimento come forma di istigazione «indiretta», che deve restare sanzionata dall'art. 580 c.p.

Gli artt. 2 e 13 Cost. e artt. 2 e 8 CEDU e 32 Cost., pertanto, sono invocati dalla Corte d'assise di Milano per rivendicare un astratto potere giuridico di decidere liberamente.

A tale «*concezione astratta dell'autonomia individuale* che ignora le condizioni concrete di disagio o di abbandono» nelle quali, spesso, il proposito di suicidio è concepito[60], la Corte costituzionale contrappone la concezione reale del medesimo diritto di autodeterminazione individuale. Dagli stessi parametri costituzionali invocati dal giudice *a quo*, la Corte costituzionale fa discendere il dovere statale di proteggere l'autodeterminazione individuale da «*interferenze di ogni genere*»[61] e di assicurare il supporto necessario all'effettiva libertà del volere.

L'adempimento del dovere statale di tutelare l'autodeterminazione individuale entra in gioco nella sua tipica funzione di sostegno e integrazione della dimensione

[59] Le frasi riportate nel testo sono tratte dalla citata ordinanza della Corte d'assise di Milano.
[60] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, n. 6 della motivazione, corsivo aggiunto.
[61] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, n. 6 della motivazione, corsivo aggiunto.

«negativa» della medesima libertà[62]. Non intende assorbirla. Intende, invece, assicurarne le condizioni materiali senza le quali essa non può realizzarsi. Non si tratta di un intervento statale in funzione paternalistica diretto a contrastare le ragioni della volontà suicida[63], ma di assicurare, nei limiti del possibile, le condizioni necessarie per garantire quella autodeterminazione consapevole che lo stesso giudice *a quo* considera presupposto indefettibile della liceità dell'aiuto al suicidio e, quindi, innanzitutto che siano evitate interferenze di terzi[64].

I pericoli di interferenza che minacciano la formazione del proposito suicidario sono di diversa natura. L'intervento di un malintenzionato è l'ipotesi più immediata da ipotizzare ma si prospettano forme di interferenza più insidiose, specialmente tenuto conto che le cause della volontà suicidaria per la scienza sono ancora «un mistero»[65]. La Corte non fa riferimento, almeno non espressamente, a questioni di incertezza scientifica ma ritiene giustificato, salvo le limitate eccezioni già anticipate, l'elevatissimo livello di tutela stabilito dal legislatore penale che consente di tenere conto anche di tale aspetto.

Significativo in proposito il riferimento della Corte costituzionale alla circostanza che le persone malate, anziane, depresse, psicologicamente fragili, in stato di difficoltà, sofferenza o solitudine potrebbero «essere *facilmente indotte*» al suicidio se l'ordinamento consentisse a «chiunque di cooperare anche soltanto all'esecuzione» di esso, «magari» e, quindi, non necessariamente, «per ragioni di personale tornaconto»[66],

---

[62] Su questo aspetto, J. ISENSEE, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht* e K. STERN, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, cit.

[63] Su questi profili si vedano le riflessioni di G. GEMMA, *Diritto a rinunciare alla vita e suoi limiti*, cit.

[64] Osserva in proposito che la Corte costituzionale non ha inteso introdurre nell'ordinamento un diritto al suicidio assistito, ma proteggere l'autodeterminazione individuale, G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la "parola che squadra da ogni lato"*, in AA. VV., *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, cit., p. 2 ss.

[65] Sul tema, S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, cit., p. 12, nel senso che «La conoscenza che abbiamo del suicidio è sempre incompleta, ogni definizione netta è prematura, la "comprensione" del suicidio è un problema ma è e rimarrà soprattutto un mistero», infatti, è «difficilmente ipotizzabile un accertamento di una volontà suicida libera ed autonoma», si deve ritenere che «neppure esista la figura di un "valutatore", di un "perito", di un "esperto" che sappia valutare l'intensità e la "curabilità" delle ferite della nostra anima».

[66] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 6 della motivazione.

perché la generale liceità di fatto spianerebbe la strada al suicidio[67]. Detto altrimenti, l'effettiva libertà del volere di persone particolarmente vulnerabili in stato di sofferenza potrebbe essere esposta a pericolo anche soltanto dalla generale liceità dell'aiuto al suicidio e dal conseguente effetto di banalizzazione, che in ipotesi potrebbe abbassare la soglia di riflessione sul compimento di un gesto estremo e irreversibile, che, perciò stesso, richiede di essere ben ponderato. Un indizio eloquente del rischio in questione è il crescente numero di «morti non naturali» osservato nei paesi dove le sostanze stupefacenti mortali sono state liberalizzate e nei quali è consentita l'attività di assistenza al suicidio a scopo di lucro[68]. Significative nel medesimo senso sono anche le considerazioni espresse dal Tribunale costituzionale federale della Germania in occasione del rigetto dell'istanza di tutela cautelare avente per oggetto il divieto penalmente sanzionato di promuovere o procurare l'altrui suicidio a scopo di lucro, sanzionato dal § 217 *StGB* (*Strafgesetzbuch*, codice penale) con la pena della reclusione fino a tre anni o in alternativa con una multa. Il rigetto di tale istanza, invero, è stato motivato sulla base della prevalente considerazione che la valutazione del legislatore non può considerarsi manifestamente erronea dato che con tale disposizione egli ha tenuto conto del rischio che l'offerta del suicidio assistito possa dare luogo a una «parvenza fatale di normalità» o perfino, nel peggiore dei casi, esprimere un'indicazione sociale rispetto al suicidio, sicché potrebbero «essere indotte al suicidio» anche le persone che senza l'offerta di un suicidio assistito non maturerebbero tale proposito di propria iniziativa[69].

Di fronte al fondamentale valore della vita, si tratta di un rischio che non può essere trascurato, benché non sia possibile dimostrarlo scientificamente data la ricordata mancanza di conoscenze affidabili sulla formazione del proposito suicidario e la difficoltà, per ovvie ragioni, che esse possano essere conseguite.

---

[67] Si riecheggia l'espressione utilizzata da Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 6 della motivazione.

[68] Lo ricorda A. K. WEILERT, *Suizid und Suizidassistenz als Rechtsproblem*, in *MedR*, 2018, p. 76 ss., p. 80.

[69] *BVerfG*, ordinanza 21 dicembre 2015, 2 BvR 2347/15.

Premessa la mancanza di conoscenze scientifiche sufficienti sulle interferenze che sono davvero capaci di influenzare la formazione del proposito suicidario[70], il generale divieto di aiuto al suicidio sancito dall'articolo 580 c.p., limitatamente a questi aspetti e come ogni altra fattispecie di reato che incorpori una soglia di tutela precauzionale, potrebbe essere definito come «reato di pericolo ipotetico» perché il livello di protezione cui aspira è superiore perfino a quello riconducibile alla consolidata categoria del reato di pericolo astratto[71]. Peraltro, si può osservare, che il risvolto liberticida spesso insito nei doveri statali di protezione — che per proteggere un interesse, di regola, limitano quelli antagonisti ad esso — nel caso del divieto di aiuto al suicidio non è particolarmente problematico per tutte le costellazioni nelle quali chi decide di porre fine alla propria esistenza sia comunque in grado di conseguire tale obiettivo senza essere materialmente costretto ad avvalersi dell'aiuto di terzi perché è privo della forza fisica di realizzarlo[72]. Di fronte al fondamentale valore della vita, infatti, viene in considerazione soltanto il diritto di autodeterminazione individuale di

[70] Efficacemente illustrate da S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, cit., p. 12.

[71] Il rischio tutelato attraverso il principio di precauzione, infatti, non è un pericolo astratto nel senso in cui tale concetto è inteso nel diritto penale italiano, ma un pericolo soltanto potenziale, ossia, appunto, ipotetico, vale a dire un rischio in relazione al quale il legislatore non può avvalersi di massime di comune esperienza circa il verificarsi del nesso di causalità, la cui esistenza è incerta, sicché tali massime non sono disponibili, altrimenti, si sarebbe al di fuori della tutela precauzionale, sul punto e per la distinzione dai reati di pericolo astratto, A. GRAGNANI, *Principi e modelli argomentative nel diritto ambientale: l'esempio del principio di precauzione*, in E. NAVARRETTA - A. PERTICI (a cura di), *Il dialogo tra le Corti - Principi e modelli di argomentazione*, Pisa, 2004, p. 309 ss., p. 310. I reati di pericolo astratto, invece, secondo la comune opinione della dottrina e della giurisprudenza, presentano la caratteristica di non richiedere l'accertamento da parte del giudice se nel caso concreto il bene protetto dalla norma giuridica abbia effettivamente corso una situazione di pericolo, perché quest'ultimo è presunto dal legislatore, ma tale presunzione si fonda su una massima di comune esperienza relativa a un nesso causale che presenta i connotati della tendenziale certezza delle leggi scientifiche, fra gli altri, sui reati di pericolo, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, ed. 2009, p. 195 ss. Sulla distinzione fra rischio, pericolo e rischio residuale nell'ordinamento tedesco, A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, cit., p. 16 ss. Sul principio di precauzione in materia penale, F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 231 ss.; E. CORN, *Il principio di precauzione nel diritto penale*, Torino, 2013.

[72] Per il caso, invece, nel quale l'aiuto di terzi potrebbe essere l'unica possibilità di realizzare il proposito suicida, peraltro, la Corte costituzionale, a determinate condizioni che saranno illustrate più avanti nel testo, ha riconosciuto la liceità dell'aiuto al suicidio.

chi matura il proposito suicidario e non può certo essere preso in considerazione un qualsiasi interesse personale del terzo agevolatore[73].

Sempre in un'ottica attenta alle reali condizioni dell'autodeterminazione individuale, la Corte costituzionale dà rilevanza anche al condizionamento dell'effettiva libertà del volere che può derivare dalla stessa situazione di sofferenza di chi matura il proposito di suicidio e, perciò, evidenzia che «è compito della Repubblica porre in essere politiche pubbliche volte a sostenere chi versa in simili situazioni di fragilità, rimuovendo, in tal modo, gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana art. 3, comma 2, Cost.). Affermazione, quest'ultima, che potrebbe valere a mettere in dubbio l'idea che il suicidio possa ancora essere considerato una «libertà di fatto», quanto meno se con tale concetto si indica la assoluta indifferenza per l'ordinamento di un determinato comportamento[74].

La generale liceità dell'aiuto al suicidio, inoltre, presupporrebbe, secondo una concezione davvero astratta del bene oggetto di protezione costituzionale, che il carattere libero e consapevole dell'autodeterminazione al suicidio sia un dato accertabile da parte di chiunque, senza che siano necessarie specifiche competenze professionali[75].

In virtù del fondamentale «dovere di tutelare la vita di ogni individuo», di cui lo Stato è investito dall' art. 2 Cost. e dall'art. 2 CEDU[76], per le ragioni illustrate, la Corte costituzionale conclude nel senso che non può essere inibito al legislatore penale «vietare condotte che *spianino la strada a scelte suicide*» in nome di una concezione

[73] In proposito, osserva la Corte costituzionale che la condotta dell'agevolatore fuoriesce dalla sua sfera personale e innesca «una *relatio ad alteros* di fronte alla quale viene in rilievo, nella sua pienezza l'esigenza di rispetto del bene della vita», così, Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, n. 6 della motivazione

[74] Nel senso che la volontà suicida non è indifferente per l'ordinamento costituzionale se si afferma che occorrono specifiche politiche pubbliche per assicurare che essa sia libera da ogni condizionamento, compresi quelli derivanti dallo stato di sofferenza. La compatibilità del concetto di libertà di fatto con la teoria della libertà reale richiede, peraltro, approfondimenti che qui non possono essere svolti. Sul concetto di «libertà di fatto» nel senso indicato nel testo, e con riferimento a libertà riconosciute dall'ordinamento ma prive di regole per disciplinare il conflitto con altre libertà, A. CERRI, *Rimeditazioni sulla c.d. «libertà di fatto»*, cit.; sul punto, R. ROMBOLI, in *Forum*, cit., p. 53, osserva che «sotto l'aspetto costituzionale il suicidio viene spesso qualificato come un atto di libertà, una libertà di fatto che se, come tale, può giustificare che altri non interferiscano sull'esercizio della medesima, non può fondare al pari di un diritto (specie se costituzionale), la legittimità dell'aiuto alla sua realizzazione».

[75] Cfr., Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.

[76] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 5 della motivazione.

astratta della libertà di autodeterminazione che ignora le concrete condizioni di disagio nelle quali spesso simili decisioni sono concepite[77]. È «anche, se non soprattutto» nei confronti delle persone deboli e vulnerabili, osserva la Corte, che la sanzione penale dell'aiuto al suicidio conserva, quindi, la propria ragion d'essere nell'ordinamento costituzionale[78], per tutelarle da decisioni dannose attraverso la creazione attorno a loro di «una cintura protettiva»[79].

Tuttavia, con riferimento a circoscritte situazioni, la Corte costituzionale afferma che il divieto assoluto di aiuto al suicidio è incostituzionale[80].

Si tratta di casi nei quali l'esigenza di tutelare il diritto alla vita e, nei limiti del possibile, la reale libertà del volere delle persone malate e depresse o, almeno, l'autonomia della loro decisione da interferenze di terzi riguardo a una scelta «estrema e irreparabile» «vengono messe in discussione». Sono situazioni sicuramente riconducibili all'ambito applicativo dell'art. 580 c.p. ma neppure immaginabili all'epoca dell'introduzione di tale norma incriminatrice perché frutto del successivo sviluppo della scienza medica e della tecnologia «spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una

[77] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 6 della motivazione.

[78] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 6 della motivazione.

[79] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 4 della motivazione. La medesima concezione della garanzia del diritto di autodeterminazione, inteso come tutela della effettiva libertà del volere e non soltanto come riconoscimento dell'astratto potere di decidere, vale ad escludere, secondo la Corte, anche che il divieto di aiuto al suicidio violi «sempre e comunque sia» il diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 8 CEDU, secondo quanto sostenuto dalla Corte di assise di Milano. Il giudice costituzionale dà atto che nel caso Pretty contro Regno Unito, richiamato nell'ordinanza di rimessione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che il divieto penalmente sanzionato di assistere altri nel suicidio costituisce «un'interferenza con il diritto in questione» ma osserva come, anche sul piano convenzionale, si dia uno spazio adeguato a superare la riduttiva concezione della garanzia costituzionale dei diritti quale mero respingimento dell'atto statale invasivo della sfera di autonomia individuale. L'art. 8, § 2, CEDU, infatti, dispone che un'interferenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto è consentita purché sia prevista dalla legge e necessaria per «la protezione dei diritti e delle libertà altrui» ed è stata ritenuta ammissibile dalla Corte europea proprio con riferimento a fattispecie di incriminazione dell'aiuto al suicidio in relazione all'esigenza di proteggere le persone deboli e vulnerabili. Per un esame dell'influenza sulla decisione della Corte costituzionale della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, E. MALFATTI, *Sui richiami, nell'ordinanza Cappato, alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in AA. VV., *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, cit.

[80] Sul riscontrato «*vulnus*» della Costituzione, Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.

sufficienza di funzioni vitali»[81]. Il giudice costituzionale si riferisce ai casi nei quali l'aiuto al suicidio è prestato nei confronti 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»[82].

La Corte osserva che in simili situazioni l'assistenza di terzi «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 in base all'art. 32, comma 2, Cost.»[83].

In una prospettiva cautamente ristretta alla tutela della reale autodeterminazione terapeutica e non rivolta alla creazione in via giurisprudenziale di un diritto al suicidio assistito[84], la Corte ricorda anche che nelle medesime situazioni, «*la decisione di lasciarsi morire potrebbe essere già presa dal malato, sulla base della legislazione vigente, con effetti vincolanti nei confronti dei terzi*, a mezzo della richiesta di interruzione dei trattamenti di sostegno vitale in atto e di contestuale sottoposizione a sedazione profonda continua»[85]. Tuttavia, l'ordinamento non consente al medico che ne sia richiesto da un paziente nelle condizioni sopra descritte, di mettergli a disposizione trattamenti diretti non già a eliminare le sue sofferenze ma a provocarne rapidamente la morte, costringendolo, perciò, «a subire un processo più lento, in ipotesi meno corrispondente alla propria visione della dignità nel morire e più carico di sofferenza per le persone che gli sono care»[86]. In proposito, secondo la Corte, rispetto alla tutela del valore della

[81] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 8 della motivazione.

[82] Si tratta di una tipizzazione che ricorda il *petitum* precisato dall'imputato costituitosi nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale, il quale ha chiesto che l'art. 580 c.p. sia dichiarato illegittimo «nella parte in cui punisce la condotta di chi abbia agevolato l'esecuzione della volontà, liberamente formatasi, della persona che versi in uno stato di malattia irreversibile che produce gravi sofferenze, sempre che l'agevolazione sia strumentale al suicidio di chi, alternativamente, avrebbe potuto darsi la morte rifiutando i trattamenti sanitari», così Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 3 della motivazione.

[83] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 8 della motivazione.

[84] Ricorda l'ampio consenso sulla circostanza che dall'art. 32, comma 2, Cost. non è desumibile alcun diritto al suicidio assistito e osserva come sarebbe forzato interpretare in tal senso l'ordinanza 207/2018, G. REPETTO, *La Corte, il caso Cappato e la "parola che squadra da ogni lato"*, cit., p. 3 ss.

[85] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 8 della motivazione, corsivo aggiunto. La Corte si riferisce alla legge 22 dicembre 2017, n. 219, art. 1.

[86] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 9 della motivazione.

vita, la «condotta attiva, almeno sul piano naturalistico» del terzo che compie l'azione materiale necessaria ad interrompere il funzionamento di tali presidi sanitari, nelle sue conseguenze, è equiparabile alla condotta di somministrazione del trattamento diretto a provocare la morte perché entrambe hanno tale esito. Secondo questa impostazione, la differenza fra le due situazioni sta nelle modalità con le quali l'evento morte si produce[87]. All'interruzione del funzionamento dei dispositivi vitali accompagnata da sedazione profonda e terapia del dolore, la morte segue soltanto dopo pochi giorni, come conseguenza inevitabile di tale interruzione. La morte è rapida, invece, nel caso di somministrazione del trattamento diretto a provocarla rapidamente, anticipando quell'esito inevitabile[88].

Sulla base di tali premesse, la Corte ritiene che nelle situazioni sopra descritte non vi sia ragione per la quale il valore della vita 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»[89].

Riguardo all'esigenza di proteggere l'autodeterminazione delle persone vulnerabili, la Corte osserva che nelle medesime situazioni, se l'ordinamento già considera il malato in grado di prendere la decisione di porre termine alla propria esistenza attraverso l'interruzione dei presidi sanitari vitali, non c'è ragione per considerare tale persona bisognosa «di una ferrea e indiscriminata protezione contro la propria volontà» allorché si tratti di realizzare il medesimo proposito «con l'aiuto di

[87] Peraltro, sul punto non sono mancati rilievi critici, fra gli altri, R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, cit., p. 8.

[88] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 9 della motivazione. Come anticipato, questo contributo si propone di esaminare la strategia processuale elaborata dalla Corte costituzionale. Per una valutazione della ricostruzione proposta dalla Corte, P. BILANCIA, *Riflessioni sulle recenti questioni in tema di dignità umana e di fine vita*, cit.; S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, cit., p. 6 ss. Per un'esauriente trattazione della complessa problematica, anche C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, p. 3 ss.

[89] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 9 della motivazione.

altri», quale alternativa all'interruzione del funzionamento dei presidi vitali ritenuta più rispondente alla propria idea di morte dignitosa[90].

Sulla base di tali ragioni, la Corte conclude che «Entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13 e 32, comma 2, Cost., 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.)[91].

L'art. 580 c.p. è viziato, quindi, da un'incostituzionalità parziale cosiddetta «qualitativa» perché il vizio riscontrato riguarda soltanto alcuni casi certamente riconducibili all'ambito applicativo della disposizione, i quali, tuttavia, non sono distintamente menzionati nel testo di essa. Diversamente dall'interpretazione conforme a Costituzione, che presuppone la possibilità di attribuire a una disposizione una pluralità di significati fra loro esclusivi, l'incostituzionalità parziale viene in considerazione specificamente, infatti, riguardo a disposizioni il cui ambito applicativo si lascia scomporre in sottoclassi che esprimono significati separati e distinti, fra loro non sovrapponibili[92]. Pertanto, l'incompatibilità con la Costituzione dell'art. 580 c.p.

[90] Corte costituzionale ordinanza 207/2018, cit., n. 9 della motivazione.

[91] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 9 della motivazione, anche per la precisazione che l'art. 3 Cost. è parametro non evocato dal giudice *a quo* in rapporto alla questione principale, ma rilevante quale fondamento della tutela della dignità umana. Sul riferimento della Corte al principio di eguaglianza, interessanti considerazioni in M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, cit., in particolare, p. 5, l'Autore osserva che esso non persuade se si pretende di fondarlo sulla «pura e semplice analogia dei fatti», «nemmeno quando sono drammatici e laceranti», ma che il discorso potrebbe essere diverso se il criterio di comparazione fosse «una certa idea del diritto all'autodeterminazione individuale o alla liberazione dalla sofferenza, quantomeno nel momento in cui si rifiutino i trattamenti o supporti vitali».

[92] La distinzione fra «illegittimità costituzionale parziale qualitativa» e «illegittimità costituzionale parziale quantitativa», che riguarda i casi nei quali per eliminare l'incostituzionalità occorre una riduzione del testo della disposizione nel quale sono specificamente menzionate le classi di ipotesi incostituzionali, è corrente nella letteratura tedesca ed è utile anche a distinguere i casi di illegittimità parziale dalle ipotesi nelle quali è possibile praticare l'interpretazione conforme a Costituzione, che parimenti non implica una riduzione del testo e che, tuttavia, per le ragioni illustrate nel testo, resta distinta e non si profila

richiederebbe di essere corretta con una dichiarazione di illegittimità costituzionale secondo la formula «nella parte in cui incrimina», seguita dalla precisa determinazione della condotta che deve essere espunta dall'ambito applicativo della medesima disposizione.

Ciononostante, come si è anticipato la Corte costituzionale, tenuto conto della responsabilità delle conseguenze per le proprie decisioni, ha concluso di non poter porre rimedio, «almeno allo stato», alla riscontata incostituzionalità mediante la dichiarazione della parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. perché in mancanza di una disciplina della prestazione materiale dell'aiuto al suicidio i pazienti che versano nelle descritte condizioni resterebbero esposti a possibili abusi[93]. Residuano, secondo la Corte, esigenze di protezione che non possono essere pretermesse. Di fronte alla messa in pericolo dell'autodeterminazione individuale nella decisione di porre fine alla propria esistenza, il medesimo diritto di autodeterminazione nella scelta delle relative modalità non può che essere recessivo.

### *4. Le conseguenze della parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*

Secondo la Corte costituzionale, si è anticipato, in mancanza di una disciplina della prestazione dell'assistenza al suicidio, la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina l'agevolazione prestata 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»[94] aprirebbe «scenari gravidi di pericoli» per i pazienti in tali

---

come variante decisionale equivalente ad essa. Per tutti sul tema, K. SCHLAICH - S. KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, X[a] ed. rivista, München, 2015, p. 277 ss. Sul concetto di validità parziale qualitativa o funzionale, F. MODUGNO, voce *Validità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, versione digitale, § 3. Sulla distinzione fra interpretazione conforme e illegittimità costituzionale parziale, V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., p. 1703; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2012, p. 258 ss.

[93] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit. n. 10 della motivazione.

[94] Si tratta di una tipizzazione che ricorda il *petitum* precisato dall'imputato costituitosi nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale, il quale ha chiesto che l'art. 580 c.p. sia dichiarato illegittimo «nella parte in cui punisce la condotta di chi abbia agevolato l'esecuzione della volontà, liberamente formatasi, della persona che versi in uno stato di malattia irreversibile che produce gravi sofferenze, sempre che l'agevolazione sia strumentale al suicidio

condizioni[95]. Conviene esaminarli al limitato scopo di verificare la loro plausibilità come ragioni addotte per giustificare la decisione di non pronunciare l'illegittimità costituzionale della norma di cui la Corte ha riscontrato la parziale incompatibilità con la Costituzione.

La Corte prospetta, in primo luogo, il pericolo di soccorritori improvvidi che si arroghino il compito di accertare tali condizioni benché non possiedano le necessarie competenze professionali. Che tale pericolo possa derivare come conseguenza indesiderata della dichiarazione di illegittimità costituzionale non persuade. Si tratta, piuttosto, di un elemento attinente alla precisa determinazione della classe di ipotesi che potrebbe e dovrebbe essere espunta dall'ambito applicativo dell'art. 580 c.p. e che è sottratta alla discrezionalità del legislatore perché, come già illustrato, una disposizione che consentisse a chiunque di prestare assistenza al suicidio violerebbe il dovere dello Stato di proteggere la vita di qualsiasi individuo (art. 2 Cost.)[96]. Pertanto, tale pericolo potrebbe essere scongiurato attraverso una adeguata formulazione della dichiarazione di incostituzionalità, secondo la soluzione adottata dalla Corte in occasione della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 546 c.p. «nella parte in cui non prevede che la gravidanza possa venir interrotta quando l'ulteriore gestazione implichi danno, o pericolo, grave, medicalmente accertato nei sensi di cui in motivazione e non altrimenti evitabile, per la salute della madre»[97].

La regolazione della materia ritenuta necessaria dalla Corte costituzionale allo scopo di evitare «scenari, gravidi di pericoli» e declinabile secondo una pluralità di scelte alternative affidate «in linea di principio»[98] alla discrezionalità del legislatore non

---

di chi, alternativamente, avrebbe potuto darsi la morte rifiutando i trattamenti sanitari», così Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 3 della motivazione.

[95] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.

[96] Come si evince dalle argomentazioni in base alle quali la Corte costituzionale ha escluso la possibilità di accogliere la tesi della generale liceità dell'aiuto al suicidio.

[97] Corte costituzionale, sentenza 18 febbraio 1975, n. 27. Ricordano tale ipotesi di soluzione, fra gli altri, I. PELLIZZONE, *L'aiuto al suicidio dinanzi alla Corte costituzionale: spunti per delimitare la questione di legittimità costituzionale a partire dal principio di ragionevolezza*, in *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale*, cit.; G. SORRENTI, *Etwas Neues unter der Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore. In margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato*, cit., p. 718, p. 722; G. BRUNELLI, *Imparare dal passato: l'ord. n. 207/2018 (nel caso cappato) e la sent. n. 27/1975 (in tema di aborto) a confronto*, in AA. VV., *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, cit., p. 3.

[98] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.

può che riguardare, quindi, gli altri elementi da essa indicati e, in primo luogo, l'ammissibilità dell'aiuto prestato «a domicilio» o «a pagamento»[99], nonché la questione relativa all'eventuale riserva al servizio sanitario nazionale della somministrazione del trattamento diretto a provocare rapidamente la morte[100]. La Corte si limita a indicare tali aspetti come bisognosi di una disciplina senza illustrarne le ragioni, che, peraltro, attengono a modalità di prestazione dell'assistenza che possono incidere sulla formazione del proposito suicidario. Il rischio correlato alla prestazione di assistenza a scopo di lucro è che essa possa dare luogo a occasioni in senso lato di induzione indiretta al suicidio e pregiudicare, quindi, l'esigenza di garanzia dell'assoluta autonomia da interferenze esterne nella formazione del proposito suicidario. Una questione simile è in attesa della decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco che, come sopra anticipato, ha già ha rigettato in materia l'istanza di tutela cautelare avente per oggetto il divieto penalmente sanzionato di promuovere o procurare l'altrui suicidio a scopo di lucro, sanzionato dal codice penale (§ 217 *StGB*) e, conviene ribadire, ha motivato il rigetto, fra l'altro, con la considerazione di non poter ritenere manifestamente erronea la valutazione del legislatore circa il rischio che, altrimenti, insorga una «parvenza fatale di normalità» o perfino «un'indicazione sociale del suicidio» con l'effetto di indurre al compimento di tale gesto persone che, altrimenti, non prenderebbero l'iniziativa[101].

In secondo luogo, la Corte ritiene di non poter dichiarare allo stato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. tenuto conto della discrezionalità affidata «almeno in linea di principio»[102] alla discrezionalità del legislatore circa la scelta delle «modalità di verifica medica della sussistenza dei presupposti in presenza dei quali una persona possa richiedere l'aiuto» nonché «del relativo "processo medicalizzato"» [103] e delle cautele necessarie ad evitare il pericolo che la liceità della somministrazione di trattamenti in grado di provocare rapidamente la morte possa indurre le strutture sanitarie a «una prematura rinuncia» all'offerta ai pazienti di percorsi alternativi[104],

[99] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.
[100] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.
[101] *BVerfG*, ordinanza del 21 dicembre 2015, 2 BvR 2347/15.
[102] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.
[103] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.
[104] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit. n. 10 della motivazione.

sicché anche in vista della «applicazione pratica della futura disciplina», devono essere previste specifiche misure, ad esempio, il necessario coinvolgimento in un percorso di cure palliative, che «dovrebbe costituire, infatti, un prerequisito della scelta, in seguito, di qualsiasi percorso alternativo da parte del paziente»[105].

Il riconoscimento della discrezionalità del legislatore nella disciplina della materia è coerente con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale secondo il quale «*Salvo che entrino in gioco altri diritti o doveri costituzionali non è, di norma, il legislatore a poter stabilire direttamente e specificamente quali siano le pratiche terapeutiche ammesse, con quali limiti e a quali condizioni*. Poiché la pratica dell'arte medica si fonda sulle acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione, la regola di fondo in questa materia è costituita dalla autonomia e dalla responsabilità del medico che, sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione» [106].

Nella questione che ha dato luogo all'ordinanza in esame si presentano, infatti, tutti gli elementi rilevanti per l'applicazione di tale modello giurisprudenziale di distinzione dell'ambito riservato all'autonomia del medico e di quello affidato al legislatore: il diritto di autodeterminazione terapeutica, il dovere statale di protezione della vita e, come si è più volte ricordato, la mancanza di sufficienti conoscenze scientifiche sulla formazione della volontà suicidaria richiedono una disciplina legislativa[107]. Alla stregua del medesimo schema giurisprudenziale, spetta al legislatore

[105] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit. n. 10 della motivazione.

[106] In mancanza di conoscenze scientifiche subentra, invece, la decisione politica. I passi citati (corsivo aggiunto) sono tratti da Corte costituzionale, sentenza 26 giugno 2002, n. 282, in materia di ripartizione di competenze fra Stato e Regioni. La sentenza è annotata, fa gli altri, da B. CARAVITA, *Prime precisazioni della Corte costituzionale sulla potestà legislativa regionale nel nuovo art. 117*, in *federalismi.it*, 2002; per una critica alla omessa considerazione in quel caso delle incertezze scientifiche sugli effetti della terapia elettro-convulsivante, i cui rischi potrebbero giustificarsi soltanto in caso di impossibilità di ricorrere a terapie alternative di efficacia almeno paragonabile, nonché per la problematica relativa alla garanzia dell'eguaglianza nella disciplina legislativa dei trattamenti terapeutici, A. GRAGNANI, *Principio di precauzione, libertà terapeutica e ripartizione di competenze fra Stato e Regioni*, in *Foro it*., 2002, c. 406 ss.

[107] Sul tema, S. CANESTRARI, *I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio*, cit., p. 12, nel senso che «La conoscenza che abbiamo del suicidio è sempre incompleta, ogni definizione netta è prematura, la "comprensione" del suicidio è un problema ma è e rimarrà soprattutto un mistero», infatti, è «difficilmente ipotizzabile un accertamento di una volontà suicida libera ed autonoma», si deve ritenere che «neppure esista la figura di un "valutatore", di un "perito", di un "esperto" che sappia valutare l'intensità e la "curabilità" delle ferite della nostra anima».

definire ogni aspetto del procedimento «medicalizzato» di prestazione di assistenza al suicidio per il quale manchino adeguate regole scientifiche e individuare le cautele necessarie ad evitare il rischio di scelte non ponderate e a contrastare vari fenomeni di induzione indiretta al suicidio, evidenziati anche nel dettaglio dalla Corte secondo la concezione reale della libertà di autodeterminazione, si pensi alla rilevanza data alla circostanza che l'assistenza sia prestata al domicilio o in una struttura sanitaria pubblica o a scopo di lucro.

La scelta di ricevere un trattamento diretto a causare la morte rapida, secondo la Corte, presenta analogie ma non è identica alla scelta di interrompere il funzionamento dei sostegni necessari alla sopravvivenza e di ricevere cure palliative, sicché l'estensione della disciplina già prevista per quest'ultimo caso, ad opera della stessa Corte, potrebbe essere presa in considerazione come modello regolativo vigente nell'eventuale esercizio del potere di dettare una regolazione transitoria al fine di garantire, in caso di inerzia del legislatore, l'attuazione della propria decisione, ma non costituisce una conseguenza obbligata della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Tenuto conto del descritto margine di discrezionalità affidato al legislatore[108], la decisione della Corte costituzionale di non colmare immediatamente la lacuna regolativa quale conseguenza necessaria dell'esito del sindacato svolto, pertanto, ha una razionalità sufficiente a distinguere, limitatamente a tali aspetti, il caso in esame rispetto a quello dell'aborto terapeutico. In quella decisione, infatti, la Corte si limitò a indirizzare al legislatore «l'obbligo» di «predisporre le cautele necessarie per impedire che l'aborto venga procurato senza seri accertamenti sulla reale gravità del danno o pericolo che potrebbe derivare alla madre dal proseguire della gestazione»[109], ma tali cautele non erano attinenti alla definizione della soglia di rilevanza del medesimo danno o pericolo né alle modalità della loro gestione, bensì all'osservanza delle regole a tal fine già definite dalla scienza medica.

La Corte, ritiene, infine, che spetti almeno in via di principio al legislatore disciplinare secondo le sue scelte discrezionali la «possibilità di una obiezione di

[108] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit. n. 10 della motivazione.
[109] Corte costituzionale, sentenza, 27/1975, cit.

coscienza del personale sanitario coinvolto nella procedura»[110], esigenza che, diversamente dalla eventuale riserva esclusiva al servizio sanitario nazionale della somministrazione di trattamenti diretti a provocare la morte, la Corte non prevede in via soltanto eventuale e che ben può ritenersi una libertà inviolabile, salvo la necessità di conciliarla con il riconosciuto diritto di autodeterminazione terapeutica dei pazienti che versino nelle condizioni ricordate. Anche sotto questo profilo è innegabile, invero, che la somministrazione di una sostanza diretta a provocare la morte non è paragonabile al doveroso distacco dei presidi necessari alla sopravvivenza, che il paziente, secondo la legge vigente, come sopra ricordato, ha il diritto di rifiutare con effetti vincolanti per il medico, sicché non sussistono i presupposti per un'automatica estensione di quella disciplina.

Di fronte al descritto «incrocio di valori di primario rilievo», la Corte osserva che il loro «compiuto bilanciamento presuppone, in via diretta ed immediata, scelte che *anzitutto* il legislatore è abilitato a compiere»[111] e che «I delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in *linea di principio*, al Parlamento, il compito naturale di questa Corte essendo quella di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dall'esigenza di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti»[112]. Nel momento stesso in cui riconosce la discrezionalità del legislatore, quindi, il giudice costituzionale ricorda che il Parlamento non ha la mera facoltà ma il dovere di esercitarla perché si tratta di una discrezionalità limitata alle modalità di adempimento di un fine che vincola incondizionatamente dato che vengono in considerazione i presupposti essenziali per il godimento di diritti inviolabili dell'individuo.

Con tali osservazioni, il giudice costituzionale circoscrive temporalmente e con riferimento all'ideale funzionamento del sistema di ripartizione del potere statale — in tal senso allude al proprio compito «naturale» — i limiti frapposti alla sua funzione di garanzia dal doveroso rispetto delle prerogative del Parlamento. Il rinvio stabilito nel dispositivo dell'ordinanza a una nuova udienza di discussione di questioni già trattate, la riserva di valutare la futura legge che eventualmente sarà emanata dal Parlamento

[110] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.
[111] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione.
[112] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.

secondo le esigenze di tutela indicate dalla Corte, il rilievo che la rilevanza dei valori coinvolti non consente l'ulteriore vigenza della norma incostituzionale «per un periodo di tempo non preventivabile»[113], nonché il riferimento al principio di «leale e dialettica collaborazione» fra organi costituzionali[114] — nel cui rispetto la Corte costituzionale ha soprasseduto al compiuto esercizio delle proprie attribuzioni[115] — infatti, si lasciano intendere come l'assegnazione di un termine al legislatore per adempiere al dovere costituzionale di cui la Corte ha già riscontrato la violazione, vale a dire una tipica misura di regolazione dell'attuazione delle decisioni del giudice costituzionale[116]. In caso di ulteriore inadempimento del legislatore, potrebbe essere il giudice costituzionale ad assicurare le esigenze di tutela dei diritti costituzionali disattese dal Parlamento, nell'esercizio del potere di attuare le proprie decisioni, già rivendicato ed esercitato in recenti sentenze[117]. Se per evitare intollerabili conseguenze della dichiarazione di illegittimità costituzionale, la Corte confermerà la necessità di una regolazione dell'assistenza al suicidio nei casi in cui non può essere incriminata, infatti, esse dovranno essere assicurate e, per le ragioni che saranno illustrate, la stessa Corte è l'organo a tal fine più adeguato.

Nel frattempo il giudice costituzionale «gestisce» la situazione che deriva dalla riscontrata incostituzionalità, non soltanto con la decisione di astenersi «in uno spirito di leale dialettica collaborazione istituzionale» dalla sua immediata dichiarazione[118] ma anche con il tentativo di mitigare, nei limiti del possibile, i pregiudizi che derivano da tale omissione agli interessi violati dalla norma incostituzionale.

Prima di esaminare nel dettaglio i provvedimenti di gestione delle conseguenze dell'accertata incostituzionalità e, successivamente, di prendere in considerazione le

[113] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.
[114] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione.
[115] Sulla provvisoria astensione di un organo costituzionale dal compiuto esercizio delle proprie attribuzioni al fine di consentire agli altri organi la realizzazione delle loro attribuzioni, nel rispetto del canone di lealtà e nella concretizzazione di uno stile *fair* nei rapporti istituzionali, A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli effetti preliminari della dichiarazione di incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 531 ss., p. 534 ss.
[116] Sul significato di simili indici con riferimento all'esperienza tedesca, H. BETGHE, *§ 35*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, in H. BETGHE – T. MAUNZ - B. SCHMIDT - BLEIBTREU F. KLEIN (A CURA DI), München, 56ª ed., 2019, (*Randnummer* di seguito *RN*) *RN* 42.
[117] Sul punto si rinvia al §10.
[118] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione.

possibili modalità di attuazione della decisione per il caso in cui prima della nuova udienza di trattazione il legislatore non approvi una disciplina conforme alle esigenze di tutela segnalate dalla Corte costituzionale, occorre precisare il valore dell'esito di incostituzionalità riscontrato ma non formalizzato nel dispositivo dell'ordinanza, dato che esso costituisce il presupposto del potere della Corte costituzionale di gestire le conseguenze delle proprie decisioni e lo scopo del potere di disporre in merito alla loro attuazione ed eventualmente di attuarle direttamente.

### *5. L'esito del giudizio di legittimità costituzionale e il rinvio dell'udienza di trattazione di questioni di legittimità costituzionale già risolte*

Tenuto conto dell'udienza fissata per la nuova trattazione delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal giudice *a quo* e della circostanza che l'esito del controllo di costituzionalità è espresso soltanto nella motivazione dell'ordinanza, in dottrina è stata sostenuta la tesi che la Corte costituzionale non sarebbe ad esso vincolata[119]. Tale considerazione potrebbe valere soltanto per l'eventualità che la Corte costituzionale riconoscesse che quella già espressa nell'ordinanza non è la «soluzione più corretta», ma si tratta di un'ipotesi remota, se non del tutto astratta[120]. Invero, secondo l'opinione preferibile, il metodo giurisdizionale del sindacato di legittimità costituzionale non consente alla Corte arbitrarie modificazioni dell'esito del sindacato

[119] Cfr. A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, Studi 2018/III, p. 571 ss., p. 575, il quale considera la decisione di probabile ma non già di certa incostituzionalità differita; Id., *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, cit., p. 109, nel senso che la Corte potrebbe cambiare orientamento. Afferma che «la Corte resta integralmente padrona della causa e del suo esito», M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura,* cit., p. 16.

[120] In proposito si ricorda la prassi secondo la quale, prima ancora che la sentenza della Corte costituzionale venga «giuridicamente» ad esistenza con la deliberazione, la sottoscrizione e il deposito del testo definitivo, il Collegio può modificare la sua prima decisione, «perfino rovesciandola, se, nelle discussioni successive, emerge che la decisione adottata non è la più corretta», ma in considerazione della circostanza che la decisione «*è già assunta* - specie se votata, sia pure a maggioranza» la modificazione è possibile solo se nessuno dei componenti del collegio si oppone», corsivo aggiunto, l'indicazione e i passi citati sono tratti dal volume, AA. VV., *Che cosa è la Corte costituzionale*, UFFICIO STAMPA DELLA CORTE COSTITUZIONALE (a cura di), I[a] ed. 2002, V[a] ed. aggiornata, 2016, p. 57 ss.

del sindacato di legittimità costituzionale già svolto, benché non formalizzato nel dispositivo della decisione[121].

Le ragioni dell'incostituzionalità ampiamente argomentata nella motivazione dell'ordinanza, infatti, costituiscono i «motivi portanti» del rinvio dell'udienza di trattazione e hanno l'autorità propria di una decisione della Corte costituzionale, benché non si tratti del vincolo di giudicato, il quale si produce soltanto con la dichiarazione di illegittimità costituzionale nel dispositivo di una sentenza[122].

La Corte si è avvalsa di un'ordinanza interlocutoria non per riservarsi la possibilità di un differente esito del sindacato di costituzionalità — secondo la funzione tipica delle ordinanze cautelari nell'ordinamento processuale — ma per regolare le conseguenze della propria decisione tenuto conto dell'esigenza di assicurare il passaggio a una situazione conforme a Costituzione nel modo ritenuto più rispettoso possibile di tutti i valori costituzionali coinvolti e disporre in merito alla attuazione del medesimo esito senza spogliarsi del processo, nonché al dichiarato scopo di poter assicurare la garanzia dei diritti violati anche per l'eventualità che il Parlamento disattenda la sua richiesta di regolare l'assistenza al suicidio «in conformità» alle esigenze di tutela da essa segnalate[123]. L'ordinanza interlocutoria è utilizzata, quindi, dalla Corte per assicurarsi il controllo sugli sviluppi della situazione oggetto del giudizio[124].

Del resto, le indicazioni espresse dalla Corte costituzionale al Parlamento circa le condizioni per ripristinare una situazione conforme a Costituzione e la sopra ricordata direttiva rivolta ai giudici comuni sono giustificabili soltanto sulla base del carattere

[121] Esclude la possibilità di un ribaltamento dell'esito del sindacato di legittimità costituzionale tenuto conto innanzitutto del principio logico di non contraddizione all'interno di un medesimo processo, prima ancora che per il principio di continuità della giurisprudenza costituzionale e del valore fondamentale che esso assume per la garanzia della certezza nell'applicazione della Costituzione, G. SORRENTI, *Etwas Neues unter der Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore. In margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato*, cit., p. 720 ss.

[122] Cfr. A. PIZZORUSSO, *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale: comandi o consigli?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1963, p. 345 ss., pp. 357-358. Sul giudicato costituzionale, F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002.

[123] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit. n. 11 della motivazione.

[124] Cfr., A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa,* cit.

vincolante dell'esito del sindacato di costituzionalità già svolto[125], altrimenti, sarebbero indebite interferenze del giudice costituzionale nell'esercizio delle loro attribuzioni.

### *6. L'art. 23 l. 87/1953 come fondamento del potere del giudice costituzionale di «gestire» le conseguenze dell'«incostituzionalità non dichiarata»?*

Nell'ordinanza 207/2018, prospettati i descritti «scenari gravidi di pericoli»[126] conseguenti alla cessazione di efficacia dell'art. 580 c.p. nella parte in cui è incompatibile con la Costituzione, la Corte costituzionale richiama la figura argomentativa della responsabilità per le conseguenze delle proprie decisioni[127] come premessa del rivendicato potere di gestirle[128].

Avvalendosi di tale competenza non prevista dalla legge, come si è anticipato, la Corte si astiene dal dichiarare l'illegittimità costituzionale nonostante la parziale

---

[125] M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, cit.

[126] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione.

[127] Afferma la Corte: «Di tali possibili conseguenze della propria decisione questa Corte non può non farsi carico», Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, n. 10 della motivazione. Sulla figura dogmatica della responsabilità del giudice costituzionale per le conseguenze delle proprie decisioni, elaborata dalla letteratura tedesca in relazione alla tipologia decisoria della dichiarazione di «incompatibilità» con la Costituzione senza dichiarazione di nullità (*Unvereinbarerklärung*), che ha ispirato nella giurisprudenza italiana la cosiddetta «incostituzionalità accertata ma non dichiarata», H. H. KLEIN, *Bundesverfassungsgericht und Staatsraison*, Frankfurt am Main, 1968, p. 31 ss. Per un quadro di tutte le tipologie decisorie elaborate dal Tribunale costituzionale federale, essenziale per apprezzare le specificità di ciascuna di esse, G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca*, Torino, 2002. Sulla *Unvereinbarerklärung* e sui provvedimenti di gestione delle conseguenze della dichiarazione di incompatibilità o illegittimità costituzionale senza dichiarazione di nullità, per una trattazione esauriente e aggiornata alle più recenti decisioni, N. FIANO, *Il 'Bundesverfassungsgericht' e l'arte di differire gli effetti "finanziari" delle proprie decisioni nel tempo: riflessioni sull'ordine di applicazione della norma incostituzionale alla luce della recente sentenza sulla 'Grundsteuer'*, cit. Con specifico riferimento alle problematiche relative al coordinamento fra Corte costituzionale, legislatore e giudici comuni in relazione agli effetti preliminari della eventuale futura dichiarazione di illegittimità costituzionale o della eventuale futura disciplina legislativa che sostituisce quella oggetto della questione di costituzionalità, A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli effetti preliminari della dichiarazione di incostituzionalità*, cit., p. 536 ss.

[128] Sulla scelta della tipologia decisoria della dichiarazione di incompatibilità (*Unvereinbarerklärung*), senza dichiarazione di nullità, che ha lo scopo di evitare la immediata cessazione della vigenza della norma incostituzionale, come tipica misura di gestione delle conseguenze delle decisioni del giudice costituzionale, fra i numerosi contributi, P. LERCHE, *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs*, cit., p. 510 ss. L'Autore distingue tale potere da quello di regolare l'«esecuzione» delle medesime decisioni ai sensi del § 35 *BVerfGG* (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, legge sul Tribunale costituzionale federale).

fondatezza della questione sollevata dal giudice *a quo*, allo scopo di evitare che il rispetto dell'esito del sindacato già svolto dia luogo a una situazione di più grave incostituzionalità. Disapplica, perciò, l'art. 27, l. 87/1953, che per l'ipotesi di accoglimento della questione prevede la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma che ne è oggetto. Di conseguenza, non viene in considerazione il divieto di applicare le norme dichiarate incostituzionali dal giorno successivo alla pubblicazione della relativa sentenza (art. 30, comma 3, l. 87/1953).

Tuttavia, la Corte ritiene necessario mitigare l'effetto più pregiudizievole della decisione di astenersi dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, cioè l'applicabilità come regola di giudizio della norma penale incostituzionale ulteriormente vigente che commina una severa pena privativa della libertà personale. Per conseguire tale obiettivo, peraltro, la Corte non fa riferimento al potere di «gestire» le conseguenze delle proprie decisioni. Dichiara, invece, di fare leva sui propri «poteri di gestione del processo costituzionale»[129] e sull'art. 23, l. 87/1953.

In particolare, la Corte dispone la sospensione del giudizio costituzionale, con la conseguente ulteriore sospensione del giudizio *a quo*, e afferma che: «Negli altri giudizi, spetterà al giudice valutare se, *alla luce di quanto indicato nella presente pronuncia*, analoghe questioni di legittimità costituzionale della disposizione in esame debbano essere considerate *rilevanti e non manifestamente infondate*, *così da evitare l'applicazione della disposizione stessa in parte qua*»[130].

Le indicazioni contenute nell'ordinanza, che il giudice comune deve osservare sono due.

La prima deve essere presa in considerazione nel giudizio di non manifesta infondatezza: l'art. 580 c.p. è incostituzionale nella parte in cui incrimina l'assistenza al suicidio prestata a un paziente che si trovi nella situazione tipizzata dalla Corte. Si tratta di un'indicazione che preclude il potere del giudice comune di svolgere la valutazione affidatagli dall'art. 23 l. 87/1953[131]. L'esito di tale valutazione è già deciso.

[129] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione.
[130] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione.
[131] Osserva che nel caso di specie sussiste ben altro che un mero dubbio dei giudici comuni, fra gli altri, G. SORRENTI, *Etwas Neues unter der Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore. In margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato*, cit., p. 718 ss.

Un giudizio di manifesta infondatezza su una questione di legittimità costituzionale il cui esame con esito di accoglimento è stato reso noto dalla Corte costituzionale, invero, sarebbe contrario al dovere di rispetto e lealtà fra organi dello Stato[132].

La seconda indicazione influisce sul giudizio di rilevanza. Si tratta del rilievo che la mancanza di una disciplina della prestazione dell'aiuto materiale ai pazienti che si trovano nelle condizioni tipizzate dalla Corte costituisce una lacuna legislativa incostituzionale, la quale, fintanto che non sarà colmata, impedisce alla Corte costituzionale di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui è incompatibile con la Costituzione, perché la cessazione di efficacia di tale norma, costituente l'unica protezione del fondamentale bene della vita di tali pazienti, aprirebbe un vuoto di tutela che li esporrebbe a scenari gravidi di pericoli. Ciò preclude anche la praticabilità dell'interpretazione conforme a Costituzione, quale che sia il convincimento del giudice comune circa la compatibilità di tale interpretazione con il tenore letterale dell'art. 580 c.p.[133] La variante decisoria dell'interpretazione conforme a Costituzione, infatti, produrrebbe sotto questo profilo un vuoto di tutela analogo a quello della dichiarazione di illegittimità costituzionale e, quindi, determinerebbe quella medesima esposizione a pericolo delle persone vulnerabili che ha impedito alla Corte costituzionale di pronunciarla. Con l'interpretazione conforme a Costituzione, in tale particolare costellazione, il giudice violerebbe, quindi, il principio di lealtà fra organi dello Stato, che impone a ciascun organo costituzionale di rispettare le decisioni prese dagli altri organi nell'esercizio delle loro attribuzioni[134] e, sicuramente, l'accertamento dell'esistenza di una lacuna regolativa incostituzionale

[132] M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, cit., p. 7 ss.; G. SORRENTI, *Etwas Neues unter der Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore. In margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato,* cit., p. 718 ss.

[133] Esclusa, come sopra ricordato, dalla Corte costituzionale, secondo la quale si tratterebbe di una inammissibile *interpretatio abrogans*, cfr. Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 3 della motivazione.

[134] Sul principio di lealtà e rispetto fra organi con particolare riferimento al giudizio di legittimità costituzionale, A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli effetti preliminari della dichiarazione di incostituzionalità*, cit., p. 534 ss.

costituisce una forma di sindacato di legittimità costituzionale, che spetta, in quanto tale, alla Corte costituzionale, benché con la collaborazione dei giudici comuni[135].

Paradossalmente, dunque, proprio nel momento in cui richiama il potere dei giudici comuni di decidere sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza di analoghe questioni di costituzionalità alla luce delle indicazioni espresse nell'ordinanza, la Corte costituzionale disconosce l'esistenza dei presupposti dell'esercizio del medesimo potere perché lo vincola a un esito da essa stessa predeterminato attraverso tali indicazioni, ossia la già accertata incostituzionalità e la preclusione dell'interpretazione conforme a Costituzione a causa dell'accertata lacuna regolativa incostituzionale in materia di assistenza al suicidio. Detto altrimenti, la sospensione dell'applicazione dell'art. 580 c.p. come regola di giudizio non può autenticamente fondarsi sull'art. 23.

In realtà, la eventuale sospensione dei giudizi nei quali venga in considerazione l'applicazione dell'art. 580 c.p. nella parte in cui la Corte ne ha riscontrato l'incostituzionalità non costituirebbe l'effetto di un dubbio di legittimità costituzionale dei giudici comuni e nemmeno di una loro autonoma valutazione della rilevanza, ma sarebbe l'esecuzione di quanto disposto in via generale dalla Corte costituzionale nell'esercizio del potere di gestire le conseguenze dell'incostituzionalità accertata ma non dichiarata. Anzi, il consolidato indirizzo giurisprudenziale che ritiene la legge oggetto di tale tipologia decisoria[136] non soltanto vigente ma anche efficace e applicabile è difficilmente compatibile con la *ratio* dell'art. 23, l. 87/1953. Quest'ultima disposizione, infatti, al mero dubbio del giudice sulla legittimità costituzionale di una disposizione legislativa impone la sospensione della sua applicazione come regola di giudizio proprio sul presupposto della immediata cessazione della vigenza e dell'efficacia della medesima norma se e quando ne sarà dichiarata l'illegittimità costituzionale. È l'idea stessa che una norma incostituzionale continui automaticamente a produrre i propri effetti dopo che la Corte la ha esaminata e ne ha

[135] R. WAHL - J. MASING, *Schutz durch Eingriff*, cit., p. 562. In particolare, in presenza di lacune regolative nei giudizi civili e amministrativi, sono non di rado proprio i giudici comuni a disporre le misure di tutela urgente che si rendano necessarie e indifferibili per evitare danni gravi e irreparabili ai diritti.

[136] A tale tipologia è sostanzialmente riconducibile l'ordinanza in esame, benché non formalizzi l'esito del sindacato di legittimità costituzionale nel dispositivo.

resa nota l'incostituzionalità ad essere difficilmente compatibile con l'idea regolativa racchiusa nel fondamentale art. 23, l. 87/1953. Nella logica di tale disposizione, la dissociazione fra l'efficacia della norma come regola di condotta e l'efficacia di essa come regola di giudizio non riguarda affatto l'eventualità che una norma resti vigente ed efficace benché la Corte costituzionale ne abbia accertato l'incompatibilità con la Costituzione. La medesima dissociazione è legata semplicemente all'esigenza di trovare un compromesso fra il rispetto del principio democratico e la garanzia di una tutela piena ed effettiva dei diritti costituzionali fintanto che il dubbio sulla legittimità costituzionale della norma espresso dal giudice nel corso di un processo non sarà risolto. Una volta che la Corte costituzionale ha reso nota l'incostituzionalità della disposizione oggetto del giudizio, il ricorso all'art. 23, l. 87/1953 perde la sua giustificazione.

D'altra parte, è quanto meno dubbio che la distinzione fra i due piani di efficacia della norma incostituzionale sia adeguata a conseguire entrambe le opposte esigenze perseguite dalla Corte: conservare gli effetti di protezione dell'art. 580 c.p. e, al tempo stesso, evitare che nei giudizi pendenti sia irrogata la severa pena privativa della libertà personale, comminata dalla legge per una condotta inoffensiva.

È proprio questo l'aspetto meno convincente dell'ordinanza 207/2018.

Conviene approfondirlo.

### *7. Ulteriore vigenza di una norma penale incriminatrice incostituzionale temporaneamente sospesa come regola di giudizio e garanzia dello stato di diritto costituzionale: aspetti problematici*

Fra la decisione di lasciare in vigore una norma incriminatrice incostituzionale per conservarne gli effetti di protezione e quella di sospendere la sua applicazione come regola di giudizio al fine di evitare l'irrogazione di una sanzione incostituzionale per condotte inoffensive, come anticipato, esiste una contraddizione difficilmente superabile. La minaccia della sanzione costituisce, infatti, il perno dell'effetto intimidatorio su cui si fonda l'efficacia di prevenzione generale della norma penale e, quindi, il suo effetto di protezione. Quest'ultimo, rispetto all'art. 580 c.p., è quanto meno indebolito, se non annientato, dall'esito di incostituzionalità del sindacato svolto e reso noto dalla Corte costituzionale.

Peraltro, riguardo alle medesime condotte, si deve anche tenere conto di un'affermazione oscura, contenuta nella motivazione dell'ordinanza 207/2018, che è fondamentale chiarire per valutare la funzionalità del meccanismo di raccordo ideato dalla Corte costituzionale. Ci si riferisce all'osservazione che l'eventuale futura scelta del legislatore di subordinare la «*non punibilità al rispetto di una determinata procedura potrebbe far sorgere l'esigenza* di introdurre una disciplina *ad hoc* per le vicende pregresse (come quella oggetto del giudizio *a quo*), che di tale non punibilità non potrebbero altrimenti beneficiare: *anche qui con una varietà di soluzioni possibili*»[137].

Essa solleva due interrogativi.

Il primo: tale affermazione significa che sarà il legislatore a dover decidere secondo la sua discrezionalità sulla punibilità delle condotte pregresse giudicate inoffensive[138] dalla Corte e, quindi, sul sacrificio di un bene fondamentale come la libertà personale imposto da una norma risultata incostituzionale all'esito del sindacato già svolto e la cui illegittimità, «allo stato», non è stata dichiarata dalla stessa Corte soltanto per evitare un vuoto di tutela[139]? Oppure è certo sin da ora che, ove necessario, sarà il giudice costituzionale ad assicurare che nessuno potrà essere punito con una sanzione privativa della libertà personale per aver posto in essere una condotta inoffensiva, la cui incriminazione, perciò, viola l'art. 13, comma 1, Cost., l'art. 25, comma 2, Cost., l'art. 27, comma 3, Cost.?

In quest'ultimo caso, sorge il secondo interrogativo: se la norma incriminatrice incostituzionale fosse destinata comunque a perdere efficacia anche per le condotte precedenti la eventuale futura disciplina approvata dal Parlamento secondo le esigenze di tutela indicate dalla Corte costituzionale, quale sarebbe lo scopo della sospensione dei giudizi pendenti che hanno per oggetto l'accertamento della responsabilità penale da esse derivante?

---

[137] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 10 della motivazione, corsivo aggiunto.

[138] Sul rango costituzionale del principio di offensività, A. NAPPI, *Mauale di diritto penale*, Milano, 2010, p. 7 ss.; per una più ampia trattazione V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005.

[139] La circostanza che si tratti di condotte inoffensive differenzia in misura rilevante queste classi di situazioni dall'ipotesi delle norme non compatibili con la Costituzione perché comminano una sanzione non proporzionata alla gravità della condotta. Per alcuni cenni sulle più recenti evoluzioni della giurisprudenza costituzionale sulla questione, si rinvia al successivo § 10.

Detto altrimenti: il principio dello stato di diritto, che nell'ordinamento costituzionale non può essere inteso come mero vincolo formale alla legge, quale che sia il contenuto di essa, ma deve essere inteso anche in senso materiale, ossia come vincolo a una legge rispettosa dei valori costituzionali, permette l'ulteriore vigenza ed efficacia di una norma penale incriminatrice risultata incostituzionale all'esito del sindacato di costituzionalità perché essa punisce con una pena detentiva una condotta inoffensiva[140]? Se si ritiene che non lo consenta, è giustificata la sospensione di processi penali nei quali la medesima norma è rilevante?

La risposta al primo interrogativo non può che essere negativa. Anche se si ammette che il principio dello stato di diritto, eccezionalmente, tolleri, anzi imponga, l'ulteriore transitoria vigenza ed efficacia di norme incostituzionali al fine di assicurare preminenti interessi costituzionali che sarebbero pregiudicati in modo intollerabile dal vuoto di tutela conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale[141], rispetto a una norma incriminatrice di una condotta inoffensiva sanzionata con la privazione della libertà personale non si vede come tale condizione possa verificarsi. Le ragioni mai «buone» ma soltanto «preferibili»[142] capaci di giustificare l'ulteriore vigenza di una norma incostituzionale non possono sussistere rispetto a una norma che punisce una condotta inoffensiva con una pena privativa della libertà personale[143] perché tale sacrificio a fronte di una condotta davvero inoffensiva, questo è il punto dirimente, non realizza alcun valore costituzionale. In proposito, non si può trascurare che la stessa Corte, pur non avendo dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.

---

[140] Sul principio dello stato di diritto, ci si limita a ricordare P. COSTA – D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica,* Milano, 2002; R. BIN, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004; G. SILVESTRI, *Lo Stato di diritto nel XXI* secolo, in *Rivista AIC*, n. 2/2011. Nella letteratura tedesca P. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, T*übingen,* 1986; K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, 1997.

[141] Cfr. A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa,* cit.

[142] Le espressioni citate sono tratte da S. WROBLEWSKI, *Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts und das Strafrecht Eine Untersuchung zur Strafbarkeit auf Grundlage verfassungswidrigen Rechts unter Berücksichtigung der bisherigen Anwendungsfalle der §§ 370 AO und 284 StGB*, Berlin, 2016, p. 352.

[143] Nel senso che l'ordinamento costituzionale non può ammettere la privazione della libertà personale sulla base di una norma incostituzionale, G. SORRENTI, *Etwas Neues unter der Sonne: un'ordinanza sospensiva dell'annullamento, per necessario coordinamento con il legislatore. In margine a Corte cost., ord. n. 207/2018, questione Cappato*, cit., p. 714.

al dichiarato scopo di evitare i paventati abusi conseguenti alla sua cessazione di efficacia, ne ha sostanzialmente imposto sin da subito la sospensione dell'applicazione come regola di giudizio, sicché ne ha temporaneamente sospeso l'efficacia repressiva e ha quanto meno indebolito l'effetto intimidatorio per le condotte future, con ciò ridimensionando anche la sua stessa affermazione che la medesima norma assolva transitoriamente a un'irrinunciabile funzione di protezione di preminenti interessi costituzionali. Se in assenza di una disciplina della prestazione dell'assistenza al suicidio, la Corte reputa tale condotta davvero pericolosa non avrebbe dovuto impedire, nemmeno temporaneamente, che possa essere sanzionata. Con riferimento ai processi aventi per oggetto condotte pregresse, invero, la eventuale futura disciplina sulla prestazione dell'aiuto al suicidio che assicurerà la protezione delle persone vulnerabili, di certo, non può venire in considerazione per colmare il paventato vuoto di tutela perché i fatti per i quali si procede sono già stati irreversibilmente compiuti quando tale protezione non c'era. Nei medesimi processi è in discussione soltanto la responsabilità penale dell'imputato in relazione alla trasgressione della norma incriminatrice incostituzionale. La non punibilità di tale condotta, dato l'esito di incostituzionalità del sindacato già svolto e reso noto dalla Corte costituzionale, dunque, non è materia di discrezionalità del legislatore, è questione di garanzia dello stato di diritto costituzionale.

Per concludere sull'ulteriore vigenza di norme incriminatrici incostituzionali, è opportuno segnalare anche che un ampio studio monografico relativo all'esperienza tedesca, dedicato all'ulteriore transitoria vigenza ed efficacia di norme incostituzionali in ambito penale, ha documentato che la tipologia decisoria dell'«accertamento dell'incostituzionalità senza dichiarazione di nullità»[144] con ordine accessorio di ulteriore transitoria applicazione della norma incompatibile con la Costituzione (*Weitergeltungsanordnung*) ha avuto per oggetto norme extrapenali integratrici di precetti penali[145] e norme relative alla custodia cautelare, quindi ha prodotto effetti in

[144] Tale tipologia decisoria corrisponde come sarà illustrato più avanti alla cosiddetta «incostituzionalità accertata ma non dichiarata».

[145] Si è trattato, prevalentemente, di norme di diritto tributario integratrici della fattispecie penale.

ambito penale, ma, significativamente, non ha mai avuto direttamente per oggetto la fattispecie di una norma penale incriminatrice[146].

Conviene ricordare, inoltre, le indicazioni in merito ai presupposti che eccezionalmente giustificano l'ulteriore applicazione di una disposizione legislativa incostituzionale incidente sulla libertà personale, argomentate in una interessante decisione del Tribunale costituzionale federale relative alla misura di sicurezza detentiva[147]. Tale pronuncia ha per oggetto la disciplina dettata in materia di custodia preventiva di sicurezza da una legge sassone e da una legge bavarese[148]. Il Tribunale giudica entrambe le leggi incompatibili con la Costituzione per contrasto con la competenza legislativa federale (art. 74, comma 1, n. 1 *GG*) — violazione che comunque incide secondo la sua giurisprudenza sulla garanzia dei diritti individuali — tuttavia non ne pronuncia la nullità. All'«accertamento dell'incostituzionalità senza dichiarazione di nullità», aggiunge, peraltro, un ordine di ulteriore applicazione di tali leggi per poco più di sei mesi. Nella stessa decisione, presa a maggioranza di cinque voti a tre, il Tribunale si sofferma ampiamente sulla questione del rapporto fra ordine di ulteriore applicazione di una norma incostituzionale e garanzia della libertà e, fra l'altro, precisa che, tenuto conto dell'alto valore di quest'ultima, «un bilanciamento costituzionale tra le posizioni di diritto fondamentale in conflitto appare possibile in

---

146 S. WROBLEWSKI, *Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts und das Strafrecht Eine Untersuchung zur Strafbarkeit auf Grundlage verfassungswidrigen Rechts unter Berücksichtigung der bisherigen Anwendungsfalle der §§ 370 AO und 284 StGB*, cit., p. 149 ss. con riferimento alla giurisprudenza costituzionale e ordinaria e al dibattito dottrinale sull'ulteriore transitoria vigenza di norme extrapenali integratrici del precetto penale in materia fiscale, di cui il Tribunale costituzionale federale ha accertato l'incompatibilità con la Costituzione senza dichiararne la nullità. Il rilievo che il medesimo Tribunale non ha mai pronunciato un ordine di ulteriore provvisoria vigenza avente per oggetto la fattispecie di una norma penale incriminatrice incostituzionale è documento dall'Autore fino al 2016, p. 344 e p. 352. Ad un analogo esito conduce l'esame sommario della giurisprudenza successiva. L'Autore, peraltro, non esclude in ipotesi del tutto eccezionali, che si possano prospettare ragioni tali da giustificare l'ordine di ulteriore applicazione di fattispecie penali colpite da incostituzionalità, ma non tratta il caso specifico dell'incriminazione della condotta inoffensiva.

147 Per un esame della decisione, S. WROBLEWSKI, *Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts und das Strafrecht Eine Untersuchung zur Strafbarkeit auf Grundlage verfassungswidrigen Rechts unter Berücksichtigung der bisherigen Anwendungsfalle der §§ 370 AO und 284 StGB*, cit., p. 347 ss.

148 *BVerfGE* 109, 190, sentenza del 10 febbraio 2004.

casi eccezionali, se *i presupposti e le modalità della privazione della libertà sono strettamente limitati in ragione di un rigoroso legame con lo scopo di protezione da adempiere*»[149].

Riguardo al secondo interrogativo sopra formulato, occorre tenere conto che la sospensione di giudizi nei quali sia rilevante una norma già risultata incostituzionale ma non fatta oggetto della relativa dichiarazione non può che avere lo scopo di preservare la possibilità di applicare ai rapporti pendenti la futura disciplina conforme a Costituzione ovvero, se una nuova disciplina non sarà approvata, di preservare la pienezza degli effetti della futura dichiarazione di illegittimità costituzionale, prevedibilmente accompagnata da disposizioni transitorie che ne regolino l'attuazione in funzione di supplenza del legislatore inadempiente. Tuttavia, con specifico riferimento alle norme incriminatrici di condotte inoffensive sanzionate con la pena detentiva, occorre tenere conto di alcune peculiarità che rendono questa particolare forma di sospensione inadeguata a coordinare il compito di garanzia della Corte costituzionale con le prerogative del Parlamento. Innanzitutto, il principio che regola la successione nel tempo delle leggi penali, secondo il quale «nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato» (art. 2 c.p. e 25, comma 2, Cost.), ma anche la tutela rafforzata in ambito penale del principio di costituzionalità stabilita dall'art. 30, comma 4, l. 87/1953, che non ammette effetti penali prodotti in applicazione di norme dichiarate incostituzionali, sul presupposto, immanente alla medesima legge, che la dichiarazione di illegittimità costituzionale segua inderogabilmente la fondatezza della questione oggetto del giudizio[150]. Conseguentemente, è vero che una eventuale futura disciplina che, per esempio, scriminasse l'aiuto prestato nelle situazioni tipizzate dalla Corte soltanto alla condizione che vengano osservate determinate modalità procedurali non potrebbe scriminare fatti pregressi ad esse non conformi, ma ciò non vale a negare che l'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina le medesime condotte era già incostituzionale al tempo

[149] *BVerfGE* 109, 190, (236), corsivo aggiunto.

[150] Si ricorda che a tale legge si riconosce un particolare *status* perché detta le norme necessarie al funzionamento della Corte costituzionale Sul punto, per un'efficace sintesi delle differenti tesi dottrinali, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, p. 43 ss., anche per la condivisibile conclusione che la peculiarità di tale legge consiste nella circostanza che avendo la funzione di conferire massima stabilità all'organo di giustizia costituzionale le sue norme potrebbero essere modificate soltanto da leggi a ciò destinate cioè non introdotte in *leges fugitivae*.

in cui esse sono state poste in essere, sicché nessuna disposizione dell'ordinamento le incriminava se non in violazione della Costituzione. Ed è condivisibile il rilievo che non può esistere una legge più favorevole di quella risultata incostituzionale[151], sicché non potrebbe venire in considerazione l'applicazione dell'art. 2, comma 4, c.p., che per il caso in cui la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori siano diverse, dispone l'applicazione di quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo.

D'altra parte, è vero che il regime della successione nel tempo della legge penale è distinto da quello della legge penale incostituzionale[152], ma si deve tenere conto che da entrambi è differente il fenomeno dell'ulteriore transitoria vigenza di una norma penale risultata incostituzionale perché incrimina una condotta inoffensiva ma non colpita da dichiarazione di illegittimità costituzionale per evitare una situazione di più grave incostituzionalità.

Per chiarire ulteriormente la questione, conviene fare un passo indietro in modo da mettere a fuoco l'intreccio fra diritto sostanziale ed effetti delle tipologie decisorie che consentono di ovviare alle conseguenze non tollerabili per l'ordinamento costituzionale della cessazione della vigenza e dell'efficacia delle norme dichiarate incostituzionali dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza.

Al riguardo, conviene tenere presente, che nell'esperienza tedesca, costituente la matrice delle soluzioni ideate dalla Corte costituzionale, dopo alcuni iniziali incertezze, la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale si è assestata nel senso che l'accertamento dell'incompatibilità (o incostituzionalità) senza dichiarazione di nullità produce automaticamente il «blocco dell'applicazione» (*Anwendungssperre*) della norma incostituzionale anche da parte della pubblica amministrazione e il «dovere di sospendere» i giudizi (*Aussetzungspflicht*) nei quali essa risulti rilevante[153]. Tale

---

151 Cfr. S. WROBLEWSKI, *Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts und das Strafrecht Eine Untersuchung zur Strafbarkeit auf Grundlage verfassungswidrigen Rechts unter Berücksichtigung der bisherigen Anwendungsfälle der §§ 370 AO und 284 StGB*, cit., p. 257 ss.

152 Sul tema F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2011; S. ZIRULIA, *Aggravante della clandestinità e giudicato: rimuovibili gli effetti?*, in *Corriere merito*, 2011, p. 507 ss.

153 Su tale tipologia decisoria, H. SÖHN, *Anwendungspflicht oder Aussetzungspflicht bei festgestellter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen?*, Frankfurt am Main; J. BLÜGGEL, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht*, Berlin, 1998; nella letteratura italiana, G. CERRINA FERONI, *Giurisdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca,* Torino,

sospensione è preordinata a preservare la possibilità della loro definizione sulla base della futura disciplina, che dovrà correggere la riscontrata incostituzionalità e dovrà dispiegare i suoi effetti sin dall'insorgere della collisione, salvi eventuali limiti previsti dall'ordinamento a garanzia di altri interessi costituzionali. Scopo proprio della tipologia decisoria in questione è quello di consentire la più ampia realizzazione del principio di costituzionalità e, al tempo stesso, di evitare l'automatica reviviscenza della eventuale disciplina anteriore a quella incostituzionale, se del caso, sgradita alle attuali forze politiche, in modo da rispettare la presumibile volontà del legislatore. Tuttavia, il blocco dell'applicazione e la sospensione dei giudizi in corso, non si producono se, in presenza di preminenti interessi costituzionali che sarebbero pregiudicati in modo intollerabile dalla immediata cessazione di efficacia della norma incostituzionale, il Tribunale costituzionale federale dispone, come accessorio della decisione di «accertamento dell'incostituzionalità senza dichiarazione di nullità», un ordine di ulteriore transitoria applicazione (*Weitergeltungsanordnung*) della norma incostituzionale, eventualmente limitato a una parte del suo contenuto precettivo. In simili costellazioni, il legislatore è tenuto ad approvare una nuova disciplina della materia, la quale dovrà dispiegare i suoi effetti a partire dal momento per il quale è prevista la cessazione della proroga del diritto incostituzionale, stabilito, ad esempio, attraverso un termine appositamente indicato dal Tribunale. La ragione che giustifica l'ulteriore vigenza ed efficacia di una norma incostituzionale è evitare una situazione di più grave incostituzionalità. Significa che gli interessi che sarebbero lesi dalla immediata cessazione di efficacia della norma incostituzionale sono stati considerati dal giudice costituzionale significativamente prevalenti rispetto agli interessi pregiudicati dalla ulteriore transitoria vigenza ed efficacia della medesima norma. Di qui la situazione di più grave incostituzionalità.

Diversamente dall'orientamento ormai consolidato del Tribunale costituzionale federale tedesco, la giurisprudenza della Corte costituzionale ritiene che la norma colpita da una pronuncia di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata» resti non

---

cit.; A. GRAGNANI, *Comunicati-stampa dal Palazzo della Consulta anziché provvedimenti cautelari della Corte costituzionale? Sugli effetti preliminari della dichiarazione di incostituzionalità,* cit.; N. FIANO, *Il 'Bundesverfassungsgericht' e l'arte di differire gli effetti "finanziari" delle proprie decisioni nel tempo: riflessioni sull'ordine di applicazione della norma incostituzionale alla luce della recente sentenza sulla 'Grundsteuer'*, cit.

soltanto vigente ma anche efficace e, quindi, applicabile[154], sicché per evitare una situazione di più grave incostituzionalità, la medesima Corte non ha alcun bisogno di ordinarne l'ulteriore applicazione, a tal fine è sufficiente che ometta la dichiarazione di illegittimità costituzionale nonostante la fondatezza della questione oggetto del giudizio. Viceversa, può rendersi necessario precludere l'ulteriore applicabilità di una parte della disposizione incompatibile con la Costituzione — nel caso dell'ordinanza 207/2018 si tratta della norma che commina la pena — e, come sopra illustrato, la Corte a tal fine ha preteso di avvalersi dell'art. 23, l. 87/1953.

È opportuno tenere presente che, in ogni caso, la scelta della tipologia decisoria dell'«incostituzionalità accertata ma non dichiarata» e, quindi, l'omessa dichiarazione di illegittimità costituzionale, non rendono la norma incostituzionale conforme a Costituzione, nemmeno provvisoriamente. Affermare la provvisoria costituzionalità di tale norma significherebbe, fra l'altro, negare l'autonomia della variante decisoria in esame e pretendere di equipararla a una decisione di «ancora costituzionalità»[155]. Piuttosto, la pronuncia di incostituzionalità non dichiarata determina soltanto un effetto di provvisoria «legalizzazione»[156] della norma, nel senso che essa resta provvisoriamente vigente e applicabile nonostante la sua incostituzionalità *ab origine*.

L'esistenza o l'inesistenza di una violazione della Costituzione è un vizio sostanziale che non può certamente dipendere dalla tipologia decisoria prescelta dal giudice costituzionale. Quest'ultima può determinare soltanto le conseguenze collegate

---

154 Per condivisibili critiche a tale orientamento, R. PINARDI, *La Corte, i giudici ed il legislatore. Il problema degli effetti temporali delle sentenze d'incostituzionalità*, cit., ID., *Ammissibilità di una questione infondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 2017, p. 377 ss.

155 Sulle sentenze di «ancora costituzionalità», AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere,* cit.

156 Nell'esperienza tedesca la tesi che la norma incostituzionale resta viziata anche se il Tribunale costituzionale si limita ad accertarne l'incostituzionalità senza dichiarazione di nullità e che l'ordine di ulteriore applicazione produce solo un effetto di «legalizzazione» è sostenuta dalla dottrina maggioritaria, cfr. S. WROBLEWSKI, *Die Unvereinbarerklärung mit Weitergeltungsanordnung des Bundesverfassungsgerichts und das Strafrecht, Eine Untersuchung zur Strafbarkeit auf Grundlage verfassungswidrigen Rechts unter Berücksichtigung der bisherigen Anwendungsfälle der §§ 370 AO und 284 StGB*, cit., p. 236 ss.; sostiene invece che nel periodo di ulteriore vigenza disposta dal Tribunale costituzionale federale, la norma non sarebbe incostituzionale, M. NOLTE, *Die Hinterziehung verfassungswidriger und „verfassungswidrig" genannter Steuern, Eine Studie insbesondere zur Strafbarkeit des Verstoßes gegen vom Bundesverfassungsgericht als mit dem Grundgesetz „unvereinbar" bezeichnete Steuervorschriften*, Holzkirchen/Oberbayern, 2005, p. 74 ss.

al vizio riscontrato e la scelta di una delle possibili varianti di decisione. Nell'ordinanza in esame, del resto, è proprio l'esigenza di correggere la riscontrata violazione della Costituzione all'origine di pressoché ogni effetto statuito nell'articolata motivazione, che, altrimenti, non avrebbe potuto essere disposto dal giudice costituzionale.

Con riferimento alla tipologia decisoria dell'«incostituzionalità accertata ma non dichiarata», la Corte costituzionale muove dall'assunto dell'efficacia costitutiva della dichiarazione di illegittimità costituzionale e, quindi, non dalla teoria della nullità, bensì dell'annullabilità della legge incostituzionale[157]. Tali premesse teoriche valgono a spiegare le modalità nelle quali si produce la cessazione dell'efficacia della norma incostituzionale ovvero la sua provvisoria vigenza ed efficacia, ma sono ininfluenti sulla questione sostanziale che qui interessa, ossia se e in quali limiti l'ordinamento costituzionale consenta di mantenere la vigenza e l'efficacia di una norma risultata incostituzionale all'esito del controllo svolto e reso noto dalla Corte costituzionale. Si intende dire che a dover essere oggetto, comunque, di giustificazione è il bilanciamento fra interessi sostanziali in base al quale il giudice costituzionale, dopo aver reso noto l'esito del sindacato di costituzionalità in una sua decisione, ritiene di non poter dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma incostituzionale, fra l'altro, disapplicando le regole processuali che in caso di fondatezza della questione prevedono la dichiarazione dell'illegittimità costituzionale della norma che ne è oggetto e il divieto di applicarla dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. Effetto quest'ultimo, peraltro, parzialmente recuperato dalla Corte attraverso l'indicazione di sospendere i giudizi in corso.

Tenuto conto delle considerazioni svolte e, soprattutto della circostanza che la tipologia decisoria dell'incostituzionalità non dichiarata non sana il vizio di incostituzionalità da essa riscontrato, si deve rispondere negativamente anche al secondo interrogativo, ossia se possa ritenersi giustificata la sospensione del processo *a*

[157] Per un'analitica ricostruzione delle differenti tesi, G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Napoli, 2012; sulle differenti tesi, V. ONIDA, *Pubblica amministrazione e costituzionalità delle leggi*, Milano, 1967; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Padova, 1970; A. PACE, *Superiorità della Costituzione ed efficacia immediata della sentenza d'incostituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1977, p. 444 ss.; ID., *Postilla: la legge incostituzionale come legge nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 5100 ss.; ID., *Postilla. La legge incostituzionale è nulla, non annullabile*, 2011, p. 1708 ss.

*quo* e degli altri processi nei quali analoga questione risulti rilevante[158]. Essa, infatti, da una parte, non è adeguata a preservare l'effetto di protezione della norma penale perché pregiudica l'effetto intimidatorio che ne costituisce il presupposto; dall'altra, la riscontrata incostituzionalità di una norma incriminatrice di una condotta inoffensiva non solo consente ma impone di non punire la medesima condotta e, a tal fine, non occorre attendere la futura decisione del legislatore che non potrebbe disporre diversamente.

Inoltre, considerato che le norme incriminatrici presentano la peculiare caratteristica, evidenziata da Pizzorusso, secondo la quale la loro applicazione è riservata al giudice penale e, quindi, possono essere applicate in senso proprio, soltanto come regole di giudizio[159], la sospensione dei processi non è giustificata nemmeno dall'esigenza di consentirne l'applicazione in altre sedi. Esigenza che potrebbe presentarsi rispetto a differenti discipline, ad esempio, in relazione a disposizioni attributive di benefici economici diretti a garantire il minimo esistenziale, le quali siano incostituzionali a causa dell'insufficienza ad assolvere la relativa funzione di garanzia. La cessazione della loro erogazione determinerebbe, evidentemente, una situazione di più grave incostituzionalità. La loro applicazione, perciò, dovrebbe continuare in sede amministrativa, mentre eventuali processi relativi alla loro determinazione dovrebbero attendere la futura disciplina legislativa.

In conclusione, se generalmente il meccanismo di raccordo ideato nell'ordinanza 207/2010 può essere idoneo ad assicurare il coordinamento fra il compito di garanzia affidato alla Corte costituzionale, le prerogative del legislatore e la funzione di tutela giurisdizionale dei giudici comuni, ciò non vale allorché sia necessario colmare un vuoto di tutela conseguente alla dichiarazione dell'illegittimità costituzionale di una norma penale che sanziona una condotta inoffensiva con la privazione della libertà

---

[158] G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, cit., afferma icasticamente che l'imputato è stato «preso in ostaggio».

[159] Sulla particolare caratteristica delle norme penali, A. PIZZORUSSO, *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Torino, I[a] ed. 1982, nuova ed. riveduta e aggiornata 1990, p. 3 ss. Nel precisare i caratteri della funzione giurisdizionale, l'Autore osserva che l'applicazione delle norme penali è compito esclusivo del giudice dato che a nessuno è consentito sottoporsi volontariamente alle sanzioni penali e precisa che una posizione di terzietà parzialmente analoga a quella del giudice è attribuita al pubblico ministero, al quale è affidato il compito di promuovere l'applicazione di tali norme.

personale. Come sarà illustrato più avanti, in simili situazioni, i medesimi obiettivi possono di preferenza essere assicurati dalla immediata dichiarazione di illegittimità costituzionale accompagnata da disposizioni per la provvisoria attuazione del giudicato costituzionale, unica soluzione, percorribile, quest'ultima, per l'eventualità che il legislatore disattenda le esigenze di protezione indicate dalla Corte costituzionale.

### *8. Prospettive sulla terza fase del processo costituzionale: esclusione dell'interpretazione conforme a Costituzione*

Nel valutare le prospettive di definizione del giudizio costituzionale pendente, sembra da escludere l'eventualità che esso possa essere deciso in via di interpretazione conforme a Costituzione, dati i motivi per i quali il giudice costituzionale ha respinto l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'Avvocatura dello Stato per non aver il giudice *a quo* assolto al corrispondente onere[160]. In particolare, la Corte ha escluso la possibilità di sostenere in via interpretativa l'irrilevanza penale delle condotte di agevolazione del suicidio non influenti sul percorso deliberativo della vittima perché si tratterebbe di una inammissibile *interpretatio abrogans*, data la sua incompatibilità con il tenore letterale dell'art. 580 c.p., che attraverso la congiunzione «ovvero» tipizza tali condotte come fattispecie alternative e autonome rispetto a quelle di istigazione[161].

D'altra parte, non si deve trascurare che in materia penale l'interpretazione conforme a Costituzione presenta alcuni inconvenienti. Essa, infatti, pur potendo utilmente circoscrivere l'area delle condotte penalmente rilevanti, offre minori garanzie sotto il profilo della certezza del diritto, dell'uniformità e della preventiva conoscibilità e determinatezza delle disposizioni penali, ma soprattutto non assicura garanzie equivalenti ai fini della revocabilità delle condanne definitive, prevista dall'art. 673

[160] In tal senso, fra gli altri, G. RIVOSECCHI, *Osservazioni sull'ord. n. 207 del 2018 e sul possibile "seguito": una doppia pronuncia ritagliata sul caso concreto*, in AA. VV., *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, cit., p. 5.

[161] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit. n. 2 della motivazione. Sulla scelta del giudice *a quo* di promuovere la questione di costituzionalità anziché correggere l'incostituzionalità in via di interpretazione adeguatrice, A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, in *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale,* in *Forum Quaderni costituzionali*, cit., p. 3 ss., *ivi*, anche A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali sul "caso Cappato"*, cit., p. 40 ss., p. 43.

c.p.p. per l'abrogazione e per la dichiarazione di illegittimità costituzionale non, invece, per l'interpretazione conforme[162]. Non a caso, lo stesso giudice *a quo* ne ha motivato l'esclusione, oltre che per averla ritenuta in contrasto con il «diritto vivente», anche per «l'importanza dei diritti di cui si tratta»[163]. Affermazione, quest'ultima, non motivata dal medesimo giudice ma, probabilmente, giustificata con le appena ricordate differenze di effetti delle due varianti decisionali.

Peraltro, non si può nemmeno trascurare la circostanza che l'interpretazione conforme a Costituzione non varrebbe a colmare il sopra ricordato «vuoto di tutela» delle persone vulnerabili che ha indotto la Corte costituzionale «almeno allo stato» a non dichiarare l'illegittimità costituzionale e a elaborare la strategia processuale in esame.

***9. Segue. Doppio compito del legislatore e speculare responsabilità della Corte costituzionale?***

Se il Parlamento disattenderà la richiesta della Corte costituzionale di disciplinare la materia «in conformità» alle esigenze di tutela da essa segnalate non

[162] Sul tema, V. MAIELLO, *La violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi" tra* abolitio *giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò*, in *Dir. pen.*, 2018, p. 777 ss. Di recente, sulla distinzione tra *abolitio criminis* e interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, Corte costituzionale, sentenza 27 febbraio 2019, n. 25, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136*) nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi» e, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 1, cod. antimafia, nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti la misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi». Oltre ai profili di maggiore garanzia già ricordati nel testo, la Corte aggiunge la facoltà del giudice di rilevare d'ufficio *l'abolitio criminis*, ma non il mutamento giurisprudenziale, ai sensi dell'art. 129 c.p.p. nel caso di ricorsi manifestamenti infondati, destinati, pertanto, a una pronuncia di inammissibilità.

[163] La frase citata è tratta dalla già citata ordinanza di rimessione della Corte d'assise di Milano. Per una critica della considerazione quale «diritto vivente» di un'unica pronuncia della Corte di cassazione, A. MORRONE, *Il "caso Cappato" davanti alla Corte costituzionale. Riflessioni di un costituzionalista*, cit., p. 3 ss., nonché, A. PUGIOTTO, *Variazioni processuali sul "caso Cappato"*, cit., p. 40 ss., p. 43.

potrà che essere la stessa Corte a colmare la lacuna[164] che le ha impedito di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. nella parte in cui incrimina l'agevolazione al suicidio prestata a 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»[165].

---

[164] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 motivazione. Cfr. F. BIONDI, *L' ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti* inter partes *ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, intervento al seminario *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio?*, *Un seguito legislativo (e quale)?*, cit., p. 2. Nel senso che la Corte costituzionale potrebbe adottare una disciplina minima dell'accesso al suicidio medicalmente assistito, F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, intervento al citato seminario, p. 6; *ivi*, anche C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, p. 5. Osserva che tale sentenza può suscitare perplessità nella parte in cui la corte rivendica il potere di scegliere tra più soluzioni tutte legittime, R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, cit., p. 11 ss., peraltro, l'Autore osserva che nel caso di specie non si tratta di scegliere fra più soluzioni tutte legittime, perché «manca del tutto la disciplina concernente la messa disposizione dei trattamenti affinché l'aspirante suicida posso darsi la morte: insomma, nel caso di specie non ci sono due soluzioni tra cui scegliere, ma non ce n'è nemmeno una». L'Autore osserva anche che intervenendo sulla disciplina del sindacato di legittimità costituzionale potrebbe essere la stessa Corte «a predisporre la disciplina da applicare, sospendendo tuttavia gli effetti della sentenza e quindi anche della nuova disciplina in attesa di un eventuale intervento del legislatore. Con la conseguenza che in caso di inerzia del legislatore, entra in vigore la disciplina formulata dalla corte soltanto sullo specifico punto problematico», p. 15. Dubita, invece, che la pronuncia futura della Corte potrà avere un simile tasso di creatività, G. RIVOSECCHI, *Osservazioni sull'ord. n. 207 del 2018 e sul possibile "seguito": una doppia pronuncia ritagliata sul caso concreto*, cit., p. 5.

[165] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 8 motivazione. Cfr. F. BIONDI, *L' ordinanza n. 207 del 2018: una nuova soluzione processuale per mediare tra effetti* inter partes *ed effetti ordinamentali della pronuncia di incostituzionalità*, intervento al seminario *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio?*, *Un seguito legislativo (e quale)?*, cit., p. 2. Nel senso che la Corte costituzionale potrebbe adottare una disciplina minima dell'accesso al suicidio medicalmente assistito, F. DAL CANTO, *Il "caso Cappato" e l'ambigua concretezza del processo costituzionale incidentale*, intervento al citato seminario, p. 6. *Ivi*, anche C. PANZERA, *L'ordinanza "una e trina"*, p. 5. Osserva che tale sentenza può suscitare perplessità nella parte in cui la corte rivendica il potere di scegliere tra più soluzioni tutte legittime, R. BARTOLI, *L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?*, cit., p. 11 ss., peraltro, l'Autore osserva che nel caso di specie non si tratta di scegliere fra più soluzioni tutte legittime, perché «manca del tutto la disciplina concernente la messa disposizione dei trattamenti affinché l'aspirante suicida posso darsi la morte: insomma, nel caso di specie non ci sono due soluzioni tra cui scegliere, ma non ce n'è nemmeno una». L'Autore osserva anche che intervenendo sulla disciplina del sindacato di legittimità costituzionale potrebbe essere la stessa Corte «a predisporre la disciplina da applicare, sospendendo tuttavia gli effetti della sentenza e quindi anche della nuova disciplina in attesa di un eventuale intervento del legislatore. Con la conseguenza che in presenza di un eventuale inerzia del legislatore, entra in vigore la disciplina formulata dalla corte soltanto sullo specifico punto problematico», p. 15. Dubita, invece, che la pronuncia futura della Corte potrà avere un simile tasso di creatività, G. RIVOSECCHI,

Ferme le conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale nell'ordinanza in esame[166], il superamento della medesima lacuna è condizione indispensabile per evitare che la dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale dell'art. 580 c.p. produca una situazione di più grave incostituzionalità. La Corte ha interpretato, infatti, la propria responsabilità per le conseguenze della sua decisione specularmente alla duplice responsabilità del legislatore: la garanzia del reale diritto di autodeterminazione dell'individuo nella decisione di porre fine alla propria esistenza richiede la sua protezione da «interferenze di ogni genere»[167]. Da una parte, deve essere garantito il rispetto della dimensione «negativa» della libertà di autodeterminazione, dall'altra, anche in caso di inerzia del legislatore, per assicurarne la reale possibilità di godimento, devono esserne realizzati i concreti presupposti in adempimento del sopra ricordato dovere statale di protezione.

Riconosciuto che i «delicati bilanciamenti» necessari a correggere il vizio di incostituzionalità sono «affidati, *in linea di principio*, al Parlamento» e che il «*compito naturale*» della Corte è «quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti», è stata la stessa Corte a lasciar intendere che al verificarsi di una situazione non naturale nel funzionamento del sistema di ripartizione del potere statale — come sarebbe quella di una persistente inerzia del Parlamento nell'adempiere a un dovere costituzionale di protezione nonostante la sollecitazione rivoltagli attraverso un'ordinanza del giudice costituzionale — essa si ritiene legittimata, eccezionalmente, a sostituirsi in via transitoria al legislatore al limitato scopo di rendere effettiva la propria decisione, ossia di attuarla, nell'esercizio, d'ufficio, di un potere non previsto dalla legge ma già rivendicato, come sarà illustrato a breve, anche in recenti sentenze.

L'ipotesi si fonda sulle seguenti considerazioni.

---

*Osservazioni sull'ord. n. 207 del 2018 e sul possibile "seguito": una doppia pronuncia ritagliata sul caso concreto*, cit., p. 5.

[166] Come si è in precedenza argomentato, non senza qualche contraddizione, perché la Corte, da una parte, ritiene irrinunciabile la protezione assicurata dall'art. 580 c.p., dall'altra, a

[167] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 6 della motivazione.

In primo luogo, la Corte costituzionale ha affermato che «per la rilevanza dei valori coinvolti» nella questione oggetto del giudizio, non sarebbe consentita l'ulteriore vigenza della norma incostituzionale «per un periodo di tempo non preventivabile»[168].

In secondo luogo, la Corte ha escluso la possibilità di correggere la riscontrata incostituzionalità in via di interpretazione conforme[169]. Pertanto, in caso di inerzia del legislatore, l'unica alternativa per conseguire tale obiettivo è la dichiarazione di illegittimità costituzionale. Ma in mancanza di un'adeguata disciplina della prestazione dell'aiuto materiale al suicidio che soddisfi le esigenze di tutela indicate dalla Corte essa produrrebbe una situazione di più grave incostituzionalità.

In terzo luogo, per colmare una lacuna regolativa intollerabile per l'ordinamento costituzionale, di fronte all'inerzia del legislatore, non c'è altra possibilità che introdurre nell'ordinamento una normativa transitoria attraverso l'esercizio di una funzione di provvisoria supplenza del medesimo legislatore. Nel caso oggetto dell'ordinanza 207/2018, dati i possibili risvolti penali di condotte, come l'assistenza al suicidio, interferenti con la vita di terzi, le norme necessarie per colmare il vuoto di tutela conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale devono assicurare inderogabili istanze di certezza del diritto, nonché le esigenze di uniformità affermate dalla giurisprudenza costituzionale, con particolare chiarezza nelle sentenze 282/2002 e 338/2003[170], in relazione all'ammissibilità di trattamenti terapeutici in un contesto caratterizzato dall'incrocio di diritti e doveri costituzionali e dalla mancanza di sufficienti conoscenze sulla formazione della volontà suicidaria, sicché l'uniformità non può essere conseguita soltanto attraverso l'applicazione delle regole della scienza medica.

---

[168] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione.

[169] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione.

[170] Sulle inderogabili esigenze di eguaglianza nella disciplina relativa a trattamenti sanitari, che non ammette differenziazioni regionali, conviene ricordare, Corte costituzionale, sentenza 14 novembre 2003, n. 338, n. 5.1 della motivazione: «il confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che investe direttamente e necessariamente i principi fondamentali della materia, collocandosi "all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona malata: quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica" (sentenza n. 282 del 2002), diritti la cui tutela non può non darsi in condizioni di fondamentale eguaglianza su tutto il territorio nazionale». Sugli ambiti rimessi alla disciplina del legislatore e quelli affidati all'autonomia del medico, delineati nella sentenza 282/2002 si rinvia a quanto illustrato in precedenza.

Indipendentemente da quale sarà l'esito del giudizio costituzionale, tenuto conto che la legge non affida alla Corte costituzionale il potere di regolare l'attuazione delle proprie decisioni, né quello di attuarle direttamente, ma che la Corte costituzionale ha già dato disposizioni in merito all'attuazione dell'esito del sindacato di costituzionalità anche nell'ordinanza in esame[171] (oltre che in più risalenti pronunce[172]) e si è già avvalsa del potere di dettare regole transitorie per l'attuazione delle sue sentenze, è opportuno precisare il fondamento, i presupposti, i limiti, nonché le caratteristiche principali di tale competenza. Si terrà in considerazione al riguardo anche del ricco e risalente dibattito teorico offerto dall'esperienza tedesca, dove la questione dell'attuazione delle decisioni del giudice costituzionale ha interessato la dottrina su aspetti ancora oggi attuali già all'epoca dello *Staatsgerichtshof* della Repubblica di Weimar, quando esso era assegnato al Presidente del *Reich*[173], mentre oggi il § 35 *BVerfGG* lo attribuisce, significativamente, al Tribunale costituzionale federale con una disposizione che è considerata una delle più problematiche della legge processuale[174].

Non ci si propone, invece, in questa sede di approfondire le questioni sollevate dall'introduzione di tale potere in via giurisprudenziale, senza alcuna predeterminazione legislativa[175].

---

171 Sono tipiche misure regolative dell'attuazione della decisione della Corte costituzionale, l'assegnazione al legislatore di un termine per l'approvazione di una legge «in conformità» alle esigenze di tutela segnalate dal giudice costituzionale, nonché le relative indicazioni di contenuto, espresse nell'ordinanza in esame in modo assai dettagliato dalla Corte costituzionale.

172 Ci si riferisce, in particolare, ai moniti «con delega al legislatore», ricordati da G. FAMIGLIETTI, intervento in AA. VV., *Il Forum - Sull'ordinanza Cappato, in attesa della pronuncia che verrà*, cit., p. 66.

173 Su questa prima embrionale esperienza di giustizia costituzionale, rinvio anche per ulteriori indicazioni bibliografiche a A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, Roma, 2012, p. 23 ss., p. 53 ss., *ivi* anche riferimenti al potere di attuazione previsto dal § 35 *BVerfGG* impiegato con riferimento ai provvedimenti cautelari. Sulle radici storiche del potere del giudice costituzionale di attuare le proprie decisioni, ancora più risalenti rispetto ai tempi di Weimar, G. ROELLECKE, *§ 35*, in *Mitarbeiterkommentar*, Heidelberg, II[a] ed. rielaborata, p. 643 ss.

174 Cfr., H. BETGHE, *§ 35*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., *RN* 1ss., anche per la constatazione che su tale disposizione il Tribunale costituzionale federale fonda l'esercizio non soltanto del già ricordato potere di disporre l'ulteriore transitoria vigenza ed efficacia di norme incostituzionali ma anche il potere di dettare regole transitorie per l'attuazione delle sue decisioni. Il citato § 35 *BVerfGG* (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, legge sul Tribunale costituzionale federale) dispone che nella sua decisione il Tribunale può determinare chi la esegue e può anche regolare il modo e la maniera dell'esecuzione nel singolo caso.

175Per questo ordine di problematiche si rinvia alle considerazioni di M. CECCHETTI, *Per una rinnovata riflessione sul potere normativo della Corte costituzionale per la disciplina dei propri giudizi*,

***10. Il potere del giudice costituzionale di regolare l'attuazione delle proprie decisioni e di attuarle***

Il riconoscimento della competenza della Corte costituzionale a regolare l'attuazione e ad attuare le proprie decisioni[176] presuppone che la funzione di garanzia ad essa affidata non si esaurisca nella segnalazione o nell'accertamento dell'esistenza di un contrasto fra la legge e la Costituzione ma comprenda anche l'assicurazione delle condizioni che consentono ai giudici comuni di assicurare la tutela dei diritti inviolabili liberandoli dalla soggezione all'autorità del legislatore espressa in leggi incostituzionali o derivante da omissioni legislative incompatibili con la Costituzione[177].

Si tratta di una competenza che viene in considerazione allorché la tempestiva correzione di una violazione fonte di un danno grave e irreparabile a diritti inviolabili non richieda soltanto la cessazione di efficacia di una norma incostituzionale e il divieto della sua applicazione[178], ma esiga anche una disciplina che assicuri i

---

cit.; 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*, Napoli, 2011, vol. IV, p. 2295 ss.

[176] Per l'esame delle complesse questioni poste dall'esigenza di attuare le decisioni della Corte costituzionale, A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore,* Milano, 1988, specialmente p. 170 ss. Per un ampio quadro comparato, E. STRADELLA, *Il problema dell'esecuzione delle decisioni costituzionali e il caso spagnolo*, in *federalismi.it*, n. 3/2018.

[177] Sulla responsabilità della Corte costituzionale di assicurare giustizia costituzionale, P. CARNEVALE, *Sull'esito del rinvio al legislatore e sui possibili riflessi sulla ripresa della trattazione del caso Cappato. Valutazioni prognostiche sul percorso decisionale inaugurato dall'ordinanza n. 20 del 2018 della Corte costituzionale,* in *Dopo l'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?,* cit., p. 1. Sul rafforzamento della tutela giurisdizionale dei diritti come obiettivo dell'introduzione del sindacato di legittimità costituzionale, E. CHELI, *Prefazione*, cit., p. 11; 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 A. RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016 ss., p. 2013 ss., p. 2028, ma per la precisazione che non è compito proprio della Corte costituzionale trovare alternative alla disciplina legislativa dichiarata incostituzionale, ID., *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, cit., p. 16. Nel senso che l'esercizio del potere del giudice costituzionale di dettare regole transitorie è ammissibile soltanto in presenza di lacune legislative davvero intollerabili per l'ordinamento costituzionale, in funzione di supplenza del legislatore e, quindi, non nell'adempimento di un compito proprio, A. VOßKUHLE, *Art. 93 GG*, *RN* 35, in H. MANGOLDT – F. KLEIN – C. STARCK (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz*, VI[a] ed., München, 2010. Sulla competenza del giudice costituzionale e non del giudice comune ad accertare le lacune regolative incostituzionali dato che è in discussione l'autorità del legislatore, R. WAHL - J. MASING, *Schutz durch Eingriff*, cit., p. 562.

[178] Le quali si producono di diritto, sulla base degli artt. 136 Cost. e 30, l. 87/1953, dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza che ne dichiara l'illegittimità costituzionale.

presupposti materiali e ordinamentali dell'esercizio di competenze o di diritti costituzionalmente garantiti, cioè richieda il superamento di lacune regolative incostituzionali, siano esse conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale ovvero dovute a omissioni legislative[179].

La competenza relativa all'attuazione delle decisioni ha carattere accessorio rispetto al potere di adottare la decisione di merito, secondo un rapporto di strumentalità paragonabile, per certi aspetti, a quello caratteristico del potere cautelare[180]. L'oggetto della decisione principale, invero, circoscrive quello del potere di provvedere alla sua attuazione, il quale non può essere esercitato con il fine ultimo di sindacare una legge successiva[181]. Né si tratta, ovviamente, di un generico potere di attuare la Costituzione. Il giudice costituzionale non è una terza camera legislativa[182].

Tipicamente, l'esigenza di ricorrere all'esercizio di questa competenza si prospetta in presenza di un potere discrezionale del legislatore limitatamente alle modalità di adempimento di un dovere statale di protezione indifferibile oppure in presenza di ampie prerogative del Parlamento nella conformazione di leggi cosiddette «costituzionalmente necessarie», come quelle elettorali, indispensabili per assicurare la continuità di funzionamento di organi costituzionali[183]. In tali casi, il giudicato costituzionale (o altro provvedimento bisognoso di attuazione) non può produrre un effetto conformativo sufficiente ad assicurare la automatica correzione dell'accertata (o temuta, nel giudizio cautelare) violazione della Costituzione.

---

179 Sul tema, V. MARCENÒ, *La Corte costituzionale e le omissioni del legislatore: verso nuove tecniche decisorie*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1986 ss.

180 W. FRENZ, *Eine begrenzte Gesetzgebungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts im Gefüge der Gewaltenteilung*, cit., p. 262.

181 H. BETGHE, *§ 35*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., *RN* 45.

182 Ammonisce su questo rischio, R. ROMBOLI, *Intervento*, in *Forum*, cit.

183 Sul tema, W. FRENZ, *Die Rechtsfolgenregelung durch das Bundesverfassungsgericht bei verfassungswidrigen Gesetzen*; ID., *Eine begrenzte Gesetzgebungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts im Gefüge der Gewaltenteilung*, cit.; P. LERCHE, *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs*, cit.; aggiornato alla più recente giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, il contributo di H. BETGHE, *§ 35*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit. Per indicazioni bibliografiche sul carattere costituzionalmente necessario delle leggi elettorali e sulle modalità di assicurare una normativa applicabile nella questione decisa dalla sentenza della Corte costituzionale, 13 gennaio 2014, n. 1 e preannunciata in un comunicato stampa della Corte costituzionale, rinvio a A. GRAGNANI, *La distinzione fra diritto e potere nello Stato di diritto costituzionale: il comunicato-stampa «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005» e il canone di «adeguatezza funzionale»*, cit.

La decisione del giudice costituzionale, invero, è auto-esecutiva soltanto allorché il ripristino di una situazione conforme a Costituzione è per così dire «speculare» alla violazione, sicché esso è incluso nell'accertamento di quest'ultima, ne costituisce una «rima obbligata»[184] e, perciò stesso, può ritenersi compreso nel potere di cognizione del giudice costituzionale[185].

In estrema sintesi, quest'ultimo consiste nell'accertamento della violazione della Costituzione e della doverosità della sua correzione nei termini in cui essa discende dall'attestazione dell'incostituzionalità. Se dal parametro del giudizio risulta soltanto che il dovere statale di protezione deve essere adempiuto incondizionatamente e senza dilazione, ma le modalità di adempimento sono lasciate alla discrezionalità del legislatore, il giudicato costituzionale non potrà assicurare automaticamente la correzione della violazione della Costituzione. Detto altrimenti, dall'attestazione dell'incostituzionalità non si evincono per contrapposizione univoche modalità della rimozione della violazione. In tali casi, la realizzazione del giudicato costituzionale[186] richiede o lo spontaneo adempimento del legislatore o misure regolative della sua attuazione stabilite dal giudice costituzionale ovvero direttamente l'attuazione da parte di quest'ultimo o da parte di organi da esso incaricati.

La competenza del giudice costituzionale all'attuazione delle proprie decisioni, ovviamente, non viene in considerazione se il legislatore è in grado di provvedere tempestivamente e se effettivamente provvede. Entra in gioco, invece, nel caso di un'indifferibile esigenza di tutela che non tollera l'attesa del tempo necessario allo svolgimento del procedimento legislativo o rende intollerabile la persistente inerzia del legislatore nell'attuare una decisione del giudice costituzionale.

L'attività di cognizione della Corte costituzionale si arresta dove inizia la discrezionalità del legislatore. Se il giudice costituzionale rimedia all'inerzia del legislatore in un ambito affidato alla discrezionalità di quest'ultimo, non esercita il potere di giudicare sulla legittimità costituzionale delle leggi, si avvale, invece, della

---

[184] La descrive come «legislazione a rime obbligate», V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., p. 1707. L'Autore, peraltro, tende ad aprire il concetto anche oltre i limiti del potere di cognizione perché include nelle «rime obbligate» l'estensione di regole insite nel sistema normativo, che non sempre discendono automaticamente dal giudicato costituzionale, cfr. pp. 1706-1707.

[185] H. BETGHE, *§ 35*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., *RN* 54 ss.

[186] Sul giudicato costituzionale, F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, cit.

competenza (non prevista dalla legge 87/1953) ad attuare le proprie decisioni. La distinzione non deve essere trascurata perché i presupposti e l'estensione dei due poteri sotto diversi profili, come risulterà dal prosieguo, sono differenti.

La competenza del giudice costituzionale in merito all'attuazione delle proprie decisioni non presuppone necessariamente una declaratoria di illegittimità costituzionale. Essa può essere impiegata con riferimento a qualsiasi tipologia decisoria bisognosa di attuazione. Lo attesta la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco relativa all'attuazione dei provvedimenti cautelari regolativi[187]. Pertanto, può venire in considerazione anche in relazione a un'ordinanza del particolare tipo di quella in esame, purché si concordi sulla premessa che la sua efficacia non si esaurisce nel rinvio dell'udienza di trattazione ma è pressoché integralmente volta a dare effettività all'esito del sindacato già svolto e reso noto dalla Corte costituzionale.

Nel processo costituzionale, la competenza relativa all'attuazione delle decisioni può trovare espressione in una scala crescente di misure, che va dall'assegnazione di un termine al legislatore[188] per adempiere «in conformità» a determinate inderogabili esigenze di tutela segnalate dalla Corte costituzionale — secondo l'incisiva precisazione contenuta nell'ordinanza 207/2018 ad evocare la natura vincolante di tali indicazioni, talora, dettagliate[189] — alla «delega» ai giudici comuni di dare attuazione a una decisione della Corte costituzionale nell'esercizio delle loro funzioni[190], fino all'indicazione di una regolazione transitoria di carattere cedevole che il giudice costituzionale statuisce in funzione di provvisoria supplenza del legislatore[191].

---

187 A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit.

188 Sull'indicazione di un termine al legislatore come tipico esercizio del potere di regolare l'attuazione della decisione, il quale, peraltro, dovrebbe essere stabilito nel dispositivo, H. BETGHE, *§ 35*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., *RN* 42.

189 Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione. Osserva che non si tratta di «indicazioni pedagogiche» indirizzate dalla Corte costituzionale al Parlamento ma di veri e propri incarichi che vincolano il legislatore, H. BETGHE, *§ 35*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., *RN* 42.

190 È il caso previsto in alcune sentenze «additive di principio», con la precisazione che il contenuto relativo al potere di regolare l'attuazione della decisione non riguarda quanto disposto in via di addizione perché ricavabile univocamente dalla Costituzione, ciò che fa parte del potere di cognizione. Su tale tipologia decisoria, G. P. DOLSO, *Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 4111.

191 Con riferimento all'esperienza tedesca e al tacito esercizio di questo potere nella giurisprudenza della Corte costituzionale, A. GRAGNANI, *Effetti della dichiarazione di illegittimità*

Il potere del giudice costituzionale di dare attuazione alle proprie decisioni trova la sua fonte di legittimazione nel compito di garantire il principio di costituzionalità affidato dalla Costituzione alla Corte costituzionale[192], ma non costituisce un «prolungamento» del sindacato di legittimità costituzionale[193].

L'indicazione da parte del giudice costituzionale di una regolamentazione transitoria in attuazione di proprie decisioni determina nella sfera legislativa un'interferenza paragonabile a quella del potere cautelare regolativo di cui è dotato il Tribunale costituzionale federale sulla base del § 32 *BVerfGG*[194], ma non la Corte costituzionale. La legge 87/1953 si limita, infatti, a prevedere la sospensione dell'esecuzione degli atti oggetto del giudizio in via principale[195]. In proposito si segnala che i presupposti previsti dal citato § 32 per l'esercizio del potere cautelare sono assunti dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale a presupposti

*costituzionale e dominio sugli sviluppi della situazione controversa*, cit., p. 521 ss., p. 528 ss.; N. FIANO, *Il 'Bundesverfassungsgericht' e l'arte di differire gli effetti "finanziari" delle proprie decisioni nel tempo: riflessioni sull'ordine di applicazione della norma incostituzionale alla luce della recente sentenza sulla 'Grundsteuer'*, cit.,

[192] W. FRENZ, *Die Rechtsfolgenregelung durch das Bundesverfassungsgericht bei verfassungswidrigen Gesetzen*, cit., dello stesso Autore, *Eine begrenzte Gesetzgebungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts im Gefüge der Gewaltenteilung*, in *ZG*, 1993, p. 248 ss.; P. LERCHE, *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs*, cit., p. 511; H. BETGHe, *§ 35*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., *RN* 29 ss.; H. BETGHE, *§ 35*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, it., *RN* 20 ss. Sull'inadeguatezza delle decisioni di inammissibilità con monito al legislatore e la garanzia del principio di costituzionalità, R. PINARDI, *Ammissibilità di una questione infondata tra moniti al legislatore e mancata tutela del principio di costituzionalità*, cit.

[193] H. BETGHE, *§ 35*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., *RN* 20 ss.

[194] Il § 32 *BVerfGG* prevede che «in caso di disputa, il Tribunale costituzionale federale può regolare provvisoriamente una situazione attraverso un provvedimento provvisorio, qualora ciò si imponga con urgenza per evitare gravi pregiudizi, per impedire un'imminente violenza o per un altro importante motivo in vista del bene comune». Sulla tutela cautelare nel processo costituzionale tedesco e in quello italiano, A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit. Per un parallelo fra potere cautelare del Tribunale costituzionale federale e potere di dare attuazione alle sue decisioni attraverso una normativa transitoria cedevole, G. ROELLECKE, *§ 35*, in *Mitarbeiterkommentar*, cit., p. 649; W. FRENZ, *Eine begrenzte Gesetzgebungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts im Gefüge der Gewaltenteilung*, cit., p. 262; P. LERCHE, *Das Bundesverfassungsgericht als Notgesetzgeber, insbesondere im Blick auf das Recht des Schwangerschaftsabbruchs*, cit., p. 515.

[195] Cfr. art. 35, l. 87/1953.

taciti del potere di dare attuazione alle proprie decisioni attraverso una regolamentazione transitoria[196].

Il ricordato paragone fra il potere di indicare una normativa transitoria per colmare una lacuna regolativa incostituzionale e il potere cautelare regolativo si fonda sulla circostanza che le regole transitorie destinate a valere *pro futuro* non possono essere ricomprese nel tradizionale fenomeno di produzione giurisprudenziale del diritto. La normativa transitoria disposta dal giudice costituzionale in attuazione delle proprie decisioni non è una libera creazione di diritto. Non è libera né nell'occasione né nel fine perché essa è strettamente funzionale ad attuare il giudicato costituzionale (o altra decisione del giudice costituzionale)[197]. Tuttavia, si tratta di un'attività creativa perché si rende necessaria in funzione di supplenza del legislatore in ambiti nei quali la Costituzione lascia al legislatore uno spazio di scelta discrezionale limitatamente alle modalità di adempimento di un compito inderogabile o gli affida ampie prerogative di conformazione nella disciplina di una materia[198].

Si è già anticipato che di recente, la Corte costituzionale ha espressamente rivendicato ed esercitato il potere di «dare effettività» alle proprie decisioni secondo modalità e in un'estensione sino ad oggi sconosciute, nelle quali è immediatamente riconoscibile il modello offerto dall'esperienza tedesca. Se ne scorge una traccia inequivocabile, ad esempio, proprio nella appena citata locuzione, tratta dal comunicato-stampa della Corte costituzionale relativo alla sentenza 6/2019[199]. L'espressione, infatti, è solo in apparenza insignificante, considerato che coincide con l'approdo di un'annosa riflessione dottrinale intesa a rimediare all'inadeguatezza del termine «esecuzione» (*Vollstreckung*), previsto dal citato § 35 *BVerfGG* sulla falsariga

---

[196] W. ROTH, *Grundlage und Grenzen von Übergangsanordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, in *AöR*, 124 (1999), p. 470 ss., p. 91, p. 186, p. 207. Su tali presupposti, A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit.

[197] H. BETGHE, *§ 35*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., *RN* 18 ss.; nel senso che non sia un generico potere del giudice costituzionale di attuare la Costituzione; R. GAIER, *Die Durchsetzung verfassungsgerichlticher Entscheidungen*, in *Jus*, 2011, p. 961, ss. in particolare p. 962.

[198] Sul potere cautelare regolativo, A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit.

[199] Sul punto, H. BETGHE, *§ 35*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., *RN* 25, che ricorda le osservazioni di M. JESTAEDT, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, p. 248, nota 175. Il comunicato-stampa che riproduce l'espressione citata nel testo è reperibile sul sito ufficiale della Corte costituzionale, al seguente link, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20190128100804.pdf.

dell'ordinamento processuale civile, ma ritenuto inadeguato alle sentenze del Tribunale costituzionale per la radicale diversità del loro oggetto.

In particolare, nella ricordata sentenza 6/2019, il giudice costituzionale ha allegato la necessità di «precisare gli effetti» della pronuncia di illegittimità costituzionale relativa a una norma della legge di bilancio che, in violazione di una precedente sentenza della Corte, non assicurava adeguate risorse finanziarie a una Regione. La Corte ha indicato i criteri per regolarne l'attuazione, in modo da assicurare che l'autonomia finanziaria della Regione non fosse compressa in misura intollerabile nel tempo necessario alla definizione di un accordo attuativo del principio di leale collaborazione in materia fra la Regione stessa e lo Stato[200]. Evidentemente la ricordata precisazione degli effetti si è resa necessaria perché essi non discendevano automaticamente dal giudicato costituzionale.

Senza pretesa di completezza, si ricorda che in altre decisioni, il giudice costituzionale ha fatto un uso ancora più incisivo della reclamata competenza a dare effettività alle sue sentenze, vale a dire ad attuarle.

Particolarmente significativa è la sentenza 222/2018[201], nella quale la Corte costituzionale ha abbandonato il proprio precedente orientamento, alla stregua del quale riteneva di poter riempire i vuoti normativi conseguenti alle sentenze di incostituzionalità soltanto secondo la tecnica delle «rime obbligate» e ha esercitato il potere di integrare le lacune regolative incostituzionali con regole transitorie destinate

[200] Corte costituzionale, sentenza 11 gennaio 2019, n. 6, annotata da G. D'AURIA, *Ancora sulle manovre statali di bilancio e sul "concorso" alla finanza pubblica richiesto alle Regioni (ordinarie e speciali): verso nuove regole?*, in *Foro it.*, 2019, c. 730 ss.; F. GUELLA, *Incostituzionalità per insufficienza: la Corte censura la non previamente concertata quantificazione statale dei maggiori spazi di spesa regionale, con una sentenza additiva di principio che nondimeno abbisogna di futuro accordo*, in www.forumcostituzionale.it

[201] Corte costituzionale, sentenza 5 dicembre 2018, n. 222, cit., che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa), nella parte in cui dispone: «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 decisione è annotata da A. GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta sul pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta,* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018 e R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019.

a sostituire la norma incostituzionale fino all'eventuale futuro intervento del legislatore anche in mancanza di soluzioni «costituzionalmente vincolate»[202].

Di particolare interesse anche la sentenza 40/2019, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, del d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti) nella parte in cui prevede la pena minima edittale della reclusione nella misura di otto anziché di sei anni, con la precisazione che «la misura sanzionatoria indicata, non costituendo una opzione costituzionalmente obbligata, resta soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore sempre nel rispetto del principio di proporzionalità»[203]. Specialmente in questa pronuncia è opportuna l'attenzione della Corte nel definire i presupposti di esercizio del potere esercitato, innanzitutto, con l'osservazione che le soluzioni da essa stabilite tengono conto dei «punti di riferimento» e delle «soluzioni 'già esistenti'» nel sistema normativo vigente[204], non sono dunque frutto di scelte arbitrarie. La Corte evidenzia, inoltre, il carattere non ulteriormente differibile della regolazione transitoria da essa disposta in temporanea sostituzione della disposizione dichiarata incostituzionale, per improrogabili esigenze di effettività della tutela perché la violazione riscontrata colpisce «diritti fondamentali che non tollerano ulteriori compromissioni» e tenuto conto della pendenza di numerosi giudizi nei quali è rilevante la medesima questione, nonché della persistente inerzia del legislatore

[202] Corte costituzionale, sentenza 222/2018, cit., n. 8.1 della motivazione. Su tale potere si vedano anche le considerazioni espresse dal il Presidente della Corte costituzionale nella relazione annuale sulla giurisprudenza della Corte costituzionale del 2018, p. 16. La relazione è reperibile sul sito ufficiale della Corte costituzionale al seguente link, https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/lattanzi2019/Giurisprudenza_costituzionale_dell_anno_2018.pdf.

[203] Corte costituzionale, sentenza 8 marzo 2019, n. 40, annotata da C. BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti,* in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.

[204] Corte costituzionale, sentenza 40/2019, cit., punto 4.2 del considerato in diritto, che richiama un'altra decisione fondamentale nell'ambito del nuovo indirizzo, Corte costituzionale, sentenza 10 novembre 2016, n. 236. Tale sentenza dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 567, II comma, c.p., nella parte in cui prevede la pena edittale della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena edittale della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni. Tale dispositivo è preceduto dall'osservazione che un «intervento del legislatore, che riconsideri *funditus*, ma complessivamente, il settore dei delitti in esame, potrà introdurre i diversi trattamenti sanzionatori ritenuti adeguati». La sentenza è annotata da F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

nonostante la sollecitazione di un suo intervento urgente, già in precedenza espressa dal giudice costituzionale[205].

Peraltro, la giurisprudenza della Corte costituzionale tende a sovrapporre il potere di cognizione delle questioni di legittimità costituzionale con la competenza all'attuazione delle sue decisioni. Ciò risulta, fra l'altro, dalla circostanza che la dichiarazione di illegittimità costituzionale e le regole destinate provvisoriamente alla sua attuazione sono espresse nel dispositivo e in un unico periodo, quasi fossero il prodotto di una medesima funzione.

Sarebbe opportuno, invece, che nel dispositivo delle decisioni l'esercizio dei poteri di attuazione fosse enunciato separatamente, proprio tenuto conto che l'individuazione di regole transitorie destinate a rendere possibile la immediata attuazione della dichiarazione di illegittimità costituzionale è una funzione accessoria ma distinta dal sindacato di legittimità costituzionale e che le due competenze hanno differenti presupposti ed estensione, tanto che le norme transitorie attuative del giudicato costituzionale possono essere disposte soltanto in presenza di esigenze di garanzia indifferibili e sono cedevoli[206].

La competenza del giudice costituzionale a colmare le lacune regolative incostituzionali, in via soltanto provvisoria e nei rigorosi limiti delle esigenze indifferibili di tutela, si fonda su una lettura del principio di ripartizione del potere statale funzionalmente unitaria e orientata alla garanzia dei diritti costituzionali, la quale, in presenza di un parametro privo della densità regolativa sufficiente a indicare soluzioni costituzionalmente obbligate circa le modalità di adempimento di un dovere statale inderogabile, affianca un criterio di legittimazione funzionale al parametro materiale di giudizio. Secondo il criterio funzionale, invero, è legittimato all'adempimento di un determinato compito l'organo che in una certa costellazione risulta dotato della struttura e del procedimento di decisione più adeguato ad assolverlo nel rispetto dei principi costituzionali, senza che abbia valore decisivo la forma del prodotto delle sue funzioni (nel caso in esame, la legge o la sentenza)[207]. Si

[205] Corte costituzionale, sentenza 40/2019, cit., punto 4.3 della motivazione.

[206] Lo ritiene necessario, H. BETGHE, *§ 35*, in *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, cit., *RN* 42 ss.

[207] Sulla delimitazione della giurisdizione costituzionale secondo il parametro materiale di giudizio, K. KORINEK, *Die Verfasungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen,* 39 (1980), p. 7 ss.; sul criterio funzionale, H. EHMKE, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, in *VVDStRL*, 20

tratta, anche sotto questi profili, di uno sviluppo della giurisprudenza costituzionale che trova un evidente modello di riferimento nella letteratura e nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco.

Con riferimento a tale giurisprudenza, conviene ricordare che l'interpretazione estensiva del § 35 *BVerfGG*, capace di comprendere perfino l'indicazione di una regolazione transitoria *pro futuro*, è andata incontro a severe critiche ma si è affermata fondandosi su tre premesse interpretative del principio di ripartizione dei poteri statali[208].

La prima attiene alla considerazione che il senso del medesimo principio sarebbe travisato se con l'intento di assicurarlo si esponessero i diritti inviolabili a danni gravi e irreparabili. La seconda si appunta sul rilievo che lo stesso principio ammette circoscritte interferenze funzionali purché esse non si risolvano in una espropriazione della competenza di altri organi. La terza premessa riguarda la circostanza che laddove un determinato compito non sia espressamente regolato — come non lo è la situazione che si determina nel caso di urgenza di colmare un vuoto di protezione conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale ovvero da essa accertato e dovuto alla persistente inerzia del Parlamento o alla materiale impossibilità di un suo intervento tempestivo a causa della durata minima del procedimento legislativo — il principio di ripartizione dei poteri deve essere interpretato secondo il canone sussidiario di adeguatezza funzionale[209], alla cui stregua, eccezionalmente, il giudice costituzionale

(1963), p. 53 ss., p. 73 ss.; H. H. KLEIN, *Bundesverfassungsgericht und Staatsraison*, cit., p. 34; G. ZIMMER, *Funktion – Kompetenz – Legitimation*, Berlin, 1979; H.-P. SCHNEIDER, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, Zur Funktionsgerechtigkeit von Kontrollmaßstäben und Kontrolldichte von verfassungsgerichtlicher Entscheidung*, in *NJW*, 1980, p. 2103 ss.; W. FRENZ, *Eine begrenzte Gesetzgebungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts im Gefüge der Gewaltenteilung*, cit., p. 849 ss.; sul rilievo non decisivo della forma del prodotto delle funzioni assegnate ai differenti organi, A. VOßKUHLE, *Rechtsschutz gegen den Richter: zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG*, München, 1993, p. 94 ss., ID., *Art. 93 GG*, *RN* 35, cit. Nella dottrina italiana per un approccio che valorizza la dimensione funzionale nell'esame della ripartizione del potere statale, P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, I[a] ed. 1972, e nella versione rielaborata e aggiornata P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Padova, XVI[a] ed. 2018.

[208] Si ricorda che secondo il § 35 *BVerfGG* nella sua decisione il Tribunale può determinare chi la esegue e può anche regolare il modo e la maniera dell'esecuzione nel singolo caso.

[209] Sul canone di adeguatezza funzionale, T. VON DANWITZ, *Der Grundsatz funktionsgerechter Organstruktur – Verfassungsvorgaben fuŸr staatliche Entscheidungsstrukturen und ihre gerichtliche Kontrolle*, cit.; O. KUSTER, *Das Gewaltenproblem im moderner Staat*, in *AOR*, v. 36, p. 397 ss.; R. A. LORZ, *Interorganrespekt im Verfassungsrecht*, cit. Sul principio di adeguatezza come parametro di

può risultare l'organo più adeguato a provvedere tempestivamente a indifferibili esigenze di garanzia dei diritti costituzionali attraverso l'indicazione di una normativa transitoria in funzione di temporanea supplenza del legislatore.

Il nuovo orientamento della Corte costituzionale prende dichiaratamente le distanze dal precedente indirizzo della medesima giurisprudenza, che riteneva ammissibile la correzione dell'accertata incostituzionalità della legge soltanto in via di «rime obbligate» ossia quale effetto conformativo del giudicato costituzionale[210] e, pertanto, sotto questo profilo, tracciava i confini della giurisdizione costituzionale soltanto alla stregua della densità regolativa del parametro materiale di giudizio.

Limitatamente a casi assolutamente eccezionali, nei quali una regola transitoria è urgentemente necessaria per evitare un danno grave e irreparabile e non altrimenti evitabile ai diritti inviolabili, si tratta di una funzione di supplenza del legislatore necessaria per l'assolvimento del compito di garanzia affidato alla Corte, che ha forma e natura in senso lato giurisdizionale. La tutela urgente dei diritti da danni gravi e irreparabili è, infatti, una tipica funzione giurisdizionale, se si condivide una concezione della funzione giurisdizionale come comprensiva di tutti quei compiti per i quali è prevista una riserva di giurisdizione, oltre di quelli che, sulla base della capacità di prestazione degli organi fra i quali è ripartito il potere statale, manifestamente rientrano soltanto nel processo disciplinato secondo i requisiti previsti dalla Costituzione[211]. In costellazioni nelle quali la tutela giurisdizionale dei diritti dipende dalla risoluzione di una questione di legittimità costituzionale, i giudici comuni non sono legittimati a colmare la lacuna. Essi, salvi eventuali provvedimenti di tutela

---

decisione è di particolare interesse la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale, ad esempio *BVerfGE*, 68, 1, 86; sul tema per ulteriori precisazioni con riferimento all'esperienza tedesca, A. GRAGNANI, *La distinzione fra diritto e potere nello Stato di diritto costituzionale: il comunicato-stampa «Incostituzionalità della Legge elettorale n. 270/2005» e il canone di «adeguatezza funzionale»*, cit.

[210] Cfr. Corte costituzionale, sentenza 40/2019, n. 4.1 della motivazione.

[211] Per il concetto di funzione giurisdizionale sintetizzato nel testo, cfr. A. VOßKUHLE, *Rechtsschutz gegen den Richter: zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG*, cit., p. 94 ss., pp. 339-340, anche per l'esame delle differenti concezioni di giurisdizione sostenute in dottrina. Sulla riserva al giudice degli interventi urgenti in materia di diritti, cfr., ad esempio, artt. 13, comma 3, Cost.; 14, comma 2, Cost.; 15, comma 2, Cost.; 21, comma 3 e 4, Cost. Sui poteri cautelari della Corte costituzionale, P. VIPIANA, *Il potere di sospensiva delle leggi nell'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 2008; A. VUOLO, *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, Napoli, 2009; A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, cit.

cautelare, per liberarsi dalla soggezione a omissioni legislative incostituzionali sono tenuti a promuovere l'incidente di legittimità costituzionale e ad attendere la decisione della Corte costituzionale. Né essi possono essere delegati dalla Corte all'attuazione del giudicato costituzionale in presenza di inderogabili esigenze di uniformità.

In ogni caso, nel regolare l'attuazione delle proprie decisioni ovvero nella loro diretta attuazione, il giudice costituzionale deve lasciare impregiudicato il futuro esercizio delle prerogative del legislatore e rispettare, nei limiti del possibile, la sua volontà per come espressa nelle concezioni regolative vigenti. Di qui, la necessaria cedevolezza delle norme transitorie stabilite dalla Corte costituzionale e la sua imprescindibile considerazione dei riferimenti normativi già esistenti nell'ordinamento.

Oltre che dal tradizionale limite dell'esistenza di soluzioni costituzionalmente vincolate, con l'esercizio del potere di attuare le proprie decisioni attraverso norme transitorie destinate a valere anche *pro futuro*, il giudice costituzionale si discosta anche dal tradizionale criterio secondo il quale la caratteristica efficacia soltanto per il caso concreto distingue la funzione giurisdizionale da quella legislativa. La Corte lo aveva tenuto in considerazione nel conflitto sollevato dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica nei confronti della Corte di cassazione e della Corte di appello di Milano, che in relazione alla nota vicenda del caso Englaro avevano lamentato l'avvenuto esercizio della funzione giurisdizionale per stabilire i termini e le condizioni nelle quali è consentito cessare l'alimentazione e l'idratazione artificiale di un paziente in stato vegetativo permanente e, quindi, per modificare il sistema legislativo vigente. Allora, infatti, per distinguere la funzione giurisdizionale da quella legislativa e dichiarare inammissibile il conflitto, la Corte aveva fatto espresso riferimento, oltre che alla possibilità del Parlamento di adottare «in qualsiasi momento» «una specifica normativa della materia», anche alla «efficacia solo per il caso di specie» degli atti di natura giurisdizionale contestati dalle Camere[212]. Si tratta, peraltro, di uno scostamento non problematico anche se si concorda sulla natura giurisdizionale, in senso lato e con tutti gli adattamenti del caso, del compito di garanzia affidato alla Corte costituzionale. L'efficacia generale e anche *pro futuro* delle sue pronunce è prevista, infatti, dalla stessa

[212] Corte costituzionale, ordinanza 8 ottobre 2008, n. 334, annotata da R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, in *Foro it.*, 2009, c. 49 ss.

Costituzione, che, al tempo stesso fonda la legittimazione della Corte costituzionale anche nei requisiti di imparzialità e terzietà immanenti alla natura giurisdizionale, sia pure *sui generis* delle sue decisioni. Significa che nel sistema di ripartizione dei poteri stabilito dalla Costituzione tale efficacia è compatibile con la natura in senso lato giurisdizionale della funzione. D'altra parte, è condivisibile il rilievo che la risalente idea, secondo la quale l'applicazione della legge al caso concreto costituirebbe il tratto distintivo dell'attività giurisdizionale, ha perso oggi la sua piena capacità connotativa di fronte alle forme di produzione giurisprudenziale del diritto pacificamente ammesse nell'ordinamento[213]. Si tratta di un'evoluzione che tiene conto, innanzitutto, della valorizzazione nella Costituzione del ruolo del giudice nell'ordinamento costituzionale, che non è più la «bouche qui prononce les paroles de la loi», come poteva essere nel modello delineato da Montesquieu, dove erano previste, peraltro, soltanto la giurisdizione civile e penale, non quella amministrativa e quella costituzionale[214].

Alla stregua di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella motivazione dell'ordinanza 207/2018, nel caso in cui il Parlamento non desse seguito alle esigenze di tutela segnalate dalla Corte costituzionale, resterebbe la tipica lacuna regolativa fonte di danni gravi e irreparabili a diritti inviolabili: la violazione del diritto di autodeterminazione nella scelta delle modalità con le quali porre fine alla propria esistenza negato a persone affette da patologie irreversibili, in condizioni di grave sofferenza, costrette a subire il «rischio di sopravvivenza» a causa di una lacuna regolativa incostituzionale; il pericolo che le stesse persone siano esposte ad abusi se venisse meno la norma incriminatrice che incostituzionalmente vieta di agevolare la realizzazione del loro proposito suicidario, ma che nell'ordinamento costituisce l'unica forma di protezione della loro stessa libertà di autodeterminazione; la compressione della libertà personale di chi si trova imputato in un processo penale per l'accertamento di un reato punito con una severa pena privativa della libertà personale nonostante che la Corte costituzionale abbia reso noto che si tratta di una condotta inoffensiva perché è legittimamente posta in essere allo scopo di aiutare altri

[213] A. VOßKUHLE, *Rechtsschutz gegen den Richter: zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG*, München, cit., p. 75.

[214] Cfr. A. VOßKUHLE, *op. ult.*, cit., p. 33 ss.

nell'esercizio del loro diritto di autodeterminazione terapeutica, per il quale tale aiuto potrebbe essere l'unica possibilità di realizzare il loro proposito.

L'urgenza è stata già attestata chiaramente dalla Corte costituzionale, che assegna al legislatore un breve termine per provvedere ad assicurare le esigenze di tutela da essa segnalate e, nonostante riconosca che si tratta di una materia che in linea di principio spetta al Parlamento disciplinare secondo scelte discrezionali, afferma che per la rilevanza dei valori coinvolti e le loro peculiari caratteristiche, non potrebbe essere consentito che la norma incriminatrice incostituzionale sia «esposta a ulteriori applicazioni per un periodo di tempo non preventivabile»[215].

Le istanze di certezza del diritto per i risvolti in ambito penale della prestazione di assistenza al suicidio e di eguaglianza in materia di disciplina dei trattamenti terapeutici ammessi, illustrate in precedenza, le quali richiedono che la lacuna sia colmata mediante una normativa transitoria uniforme, non potrebbero essere soddisfatte mediante una delega ad altri organi i cui atti non producano effetti generali[216].

### *11. Osservazioni conclusive*

Nella forma cauta della decisione interlocutoria, l'ordinanza 207/2018 della Corte costituzionale consegna alla riflessione tre idee fondamentali, potenzialmente capaci di imprimere nuovi sviluppi alla giustizia costituzionale.

La prima attiene alla determinazione del concetto di violazione della Costituzione. Secondo il principio stabilito dall'art. 3, comma 2, Cost., oggetto di garanzia costituzionale è la libertà intesa come fenomeno reale. Significa che gli impedimenti di fatto al godimento delle libertà possono rilevare quali violazioni delle libertà inviolabili se essi, secondo il contenuto e la *ratio* delle disposizioni costituzionali che le tutelano, sono riconducibili alla responsabilità dello Stato. Nel valutare l'adempimento del dovere statale di tutelare da interferenze di ogni genere l'autodeterminazione dell'individuo nel compimento di una scelta estrema e irreversibile che incide sul fondamentale bene della vita, come la decisione di porre fine alla propria esistenza, la Corte costituzionale prende in considerazione ogni

[215] Corte costituzionale, ordinanza 207/2018, cit., n. 11 della motivazione.
[216] Cfr. § precedente.

aspetto concreto, compresi i dettagli solo in astratto insignificanti, come l'eventualità che nella auspicata necessaria disciplina dell'assistenza al suicidio possa essere consentita la somministrazione del trattamento che provoca rapidamente la morte anche al domicilio del paziente o soltanto in strutture sanitarie.

Le potenzialità di garanzia della concezione espressa dall'art. 3, comma, 2 Cost. — valorizzata dall'ordinanza in esame in termini non consueti nella giurisprudenza costituzionale — sono notevoli specialmente in considerazione dei nuovi pericoli che minacciano i diritti costituzionali, provenienti dallo sviluppo scientifico e tecnologico e da attività di terzi. Pericoli, dunque, che si collocano al di fuori del tradizionale rapporto bipolare individuo-Stato ma sono riconducibili alla responsabilità di quest'ultimo in presenza di doveri statali di protezione. Si pensi alla tutela del consenso al trattamento dei dati personali di fronte alle coartazioni di fatto difficilmente resistibili derivanti dalle utilità offerte dalla sua prestazione, non di rado divenute, nella realtà, componenti essenziali del contenuto di libertà fondamentali, come l'utilizzo di beni e servizi erogati attraverso *internet*[217].

Si tratta di una concezione delle garanzie costituzionali che consente di mantenere costanti i valori costituzionali anche di fronte a bisogni di protezione inimmaginabili dai costituenti e che rivitalizza la funzione di garanzia dei diritti assegnata dalla Costituzione al giudizio di legittimità costituzionale, spostando l'asse di quest'ultimo dal sindacato sull'astratto contenuto dell'atto di esercizio del potere o del suo omesso esercizio agli effetti che esso determina nella sfera dei destinatari.

La seconda idea fondamentale attiene alla precisazione del compito di garanzia affidato alla Corte costituzionale. Esso non si esaurisce nella segnalazione dell'esistenza di violazioni della Costituzione o nel loro accertamento, ma comprende anche la loro correzione non soltanto attraverso la dichiarazione di illegittimità costituzionale ma anche mediante la predisposizione delle misure di attuazione del giudicato costituzionale urgentemente necessarie ad assicurare che i diritti inviolabili non subiscano violazioni gravi e irreparabili allorché le modalità della loro protezione siano affidate dalla Costituzione a scelte discrezionali del legislatore che il Parlamento incostituzionalmente omette di compiere. Tenuto conto della rilevanza dei beni

[217] Cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, cit., p. 80.

costituzionali violati, la Corte costituzionale afferma con chiarezza, infatti, di non poter comunque consentire l'ulteriore vigenza della norma incostituzionale per un periodo di tempo indeterminato, sebbene sia necessario colmare preventivamente una lacuna regolativa incostituzionale secondo scelte affidate in linea di principio alla discrezionalità del legislatore, perché, altrimenti, la cessazione dell'efficacia della medesima norma determinerebbe una situazione di più grave incostituzionalità. La Corte, che anche in altre decisioni si è svincolata dal consolidato criterio delle «rime obbligate», afferma, dunque, che laddove venga in considerazione la necessità di evitare danni gravi e irreparabili ai diritti inviolabili, la mancanza di soluzioni costituzionalmente necessarie per correggere la violazione della Costituzione non rappresenta un limite assoluto della sua giurisdizione e, quindi, che i confini di essa non sono tracciati soltanto secondo la densità regolativa del parametro costituzionale rilevante, ma secondo una combinazione di tale parametro con il criterio funzionale, che legittima all'adempimento dei compiti statali l'organo che in una determinata situazione, sulla base dei principi costituzionali che ne regolano la struttura e il procedimento di decisione, è il più adeguato ad assolverlo. E' un'idea coerente con gli obiettivi perseguiti dai costituenti attraverso la scelta di introdurre la Corte costituzionale fra le garanzie della Costituzione, nonché con la previsione della via incidentale di accesso al giudizio di legittimità costituzionale e con lo scopo degli strumenti processuali di cui è dotata la Corte costituzionale, che sebbene non sempre adeguati, sono comunque volti a scongiurare o rimuovere gli effetti pregiudizievoli delle leggi incostituzionali: la sospensione del giudizio *a quo* in attesa della futura eventuale dichiarazione dell'illegittimità costituzionale (art. 23, l. 87/1953) , la sospensione cautelare della legge per evitare il rischio di danni gravi e irreparabili ai diritti dei cittadini o pregiudizi irreparabili all'interesse pubblico o all'ordinamento giuridico della Repubblica (art. 35, l. 87/1953), il divieto di applicare le norme dichiarate incostituzionali dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione a tutti i rapporti pendenti (art. 136 Cost., art. 30, comma 3, l. 87/1953), la garanzia rafforzata dell'eliminazione di tutti gli effetti penali disposti sulla base della legge incostituzionale (art. 30, comma 4, l. 87/1953), la correzione dell'illegittimità consequenziale (art. 27, l. 87/1953).

Si tratta, peraltro, di una reinterpretazione del compito di garanzia che determina una notevole espansione del ruolo del giudice costituzionale. Essa deve essere accompagnata da una rigorosa motivazione sull'esistenza dei concreti presupposti che giustificano l'esercizio dei poteri rivendicati dalla Corte costituzionale e dalla loro necessaria predeterminazione legislativa, ad oggi assente.

La terza idea fondamentale espressa dall'ordinanza 207/2018 è strettamente collegata alla seconda. Così come per le leggi, anche per le decisioni della Corte costituzionale è auspicabile che esse siano rispettate volontariamente dai loro destinatari. Segnatamente, nell'ordinamento democratico, è un valore non soltanto che l'adempimento dei doveri statali di protezione sia assicurato ma anche che sia proprio il Parlamento ad assicurarlo perché è attraverso le sue scelte che il principio democratico si realizza. Ma se questa condizione non si verifica, l'ordinamento deve apprestare strumenti idonei a garantire che le sentenze della Corte costituzionale siano rispettate per assicurare che i diritti inviolabili non siano pregiudicati in modo grave e irreparabile. In mancanza di tali strumenti, nelle costellazioni particolari come quella oggetto dell'ordinanza 207/2018, la Corte costituzionale non potrebbe adempiere al suo indefettibile compito di garanzia nemmeno nell'estensione minima e indiscussa della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale incriminatrice di condotte inoffensive perché la cessazione di efficacia di tale norma determinerebbe una situazione di più grave incostituzionalità. L'effettività della funzione di garanzia affidata alla Corte costituzionale sarebbe rimessa all'arbitrio del legislatore, i cui atti la Corte ha il compito di sindacare. L'autonomia della Corte costituzionale nel suo ambito funzionale, allora, sarebbe inammissibilmente pregiudicata. Nei rapporti fra Stato e Regioni insorgerebbe il rischio di fenomeni di autotutela non autorizzati dal diritto costituzionale, che la stessa Corte reputa vietati proprio sul presupposto dell'effettività della protezione da essa garantita[218].

Per assicurare l'attuazione delle decisioni della Corte costituzionale in ambiti normativi affidati alla discrezionalità del legislatore sono necessari adeguati strumenti di coordinamento del compito di garanzia della Corte costituzionale, con le prerogative del legislatore e con la funzione di tutela giurisdizionale affidata ai giudici comuni. Il

[218] Cfr. A. GRAGNANI, *La tutela cautelare nella giustizia costituzionale*, p. 17 ss.

meccanismo di raccordo integralmente creato dalla Corte costituzionale con l'ordinanza 207/2018 presenta alcuni aspetti problematici.

Segnatamente, la sospensione dei processi nei quali risulta rilevante una norma incostituzionale perché incrimina una condotta inoffensiva non è giustificata dall'attesa di una futura disciplina della prestazione dell'assistenza al suicidio diretta ad assicurare una forma di protezione delle persone vulnerabili sostitutiva di quella disposta dalla medesima norma incostituzionale. Riguardo ai fatti rilevanti in tali processi, infatti, la futura legge non potrà dispiegare la sua efficacia, né sarà comunque applicabile. In primo luogo, perché si tratta di condotte già irreversibilmente compiute sicché la nuova forma di protezione non può venire in considerazione. In secondo luogo perché, tenuto conto anche dei principi ricavabili dall'art. 30, comma 4, l. 87/1953, non c'è legge più favorevole di una norma incriminatrice di una condotta inoffensiva, risultata incostituzionale all'esito del sindacato di costituzionalità, sicché l'attesa che le condotte *sub iudice* siano scriminate dalla futura legge penale non è giustificata, essendo esse non punibili perché la loro incriminazione è incostituzionale, mentre eventuali future leggi meno favorevoli, anche se conformi a Costituzione, non sarebbero applicabili per il divieto di retroattività in materia penale. Per le ragioni illustrate, invero, una volta che una norma è risultata incostituzionale all'esito del sindacato della Corte, non è certo la omessa dichiarazione dell'illegittimità costituzionale, volta allo scopo di evitare una situazione di più grave incostituzionalità, che può sanarne il vizio di violazione della Costituzione. Nello stato di diritto costituzionale nessuno può essere punito con la privazione della libertà personale per una condotta inoffensiva, come la stessa Corte ha già riconosciuto, avendo ritenuto necessario disporre nel giudizio *a quo* (e sollecitare negli altri giudizi) la sospensione dell'applicazione come regola di giudizio della norma che la incrimina. Non si vede, perciò, come non possa esserne sin d'ora esclusa l'applicazione anche in futuro, quale che sarà, eventualmente, la disciplina approvata dal Parlamento.

Nelle medesime costellazioni, se la riscontrata lacuna regolativa è davvero intollerabile e, quindi, se è davvero accertata l'urgente necessità di evitare un danno grave e irreparabile a diritti inviolabili, sarebbe preferibile la immediata declaratoria dell'illegittimità costituzionale della norma incompatibile con la Costituzione accompagnata dalle regole interinali necessarie a colmare la lacuna. La Corte



dirittifondamentali.it

nell'ordinanza 207/2018 ha attestato tale urgenza ma non ha chiarito quali concrete ragioni sostanziali hanno reso tollerabile un'attesa non oltre il termine di circa undici mesi da essa stabilito. La direttiva di sospendere l'applicazione della norma che commina la pena, inoltre, è difficilmente compatibile con l'esigenza di mantenerne l'efficacia di prevenzione generale per evitare vuoti di tutela.

Fatta eccezione per il caso di norme penali incriminatrici di condotte inoffensive, invece, il blocco dell'applicazione della legge incostituzionale e della sospensione dei giudizi nel corso dei quali essa risulti rilevante per preservare la possibilità di applicare la futura disciplina conforme a Costituzione può essere uno strumento adeguato ad assicurare il principio di costituzionalità nel più pieno rispetto delle prerogative del legislatore, così come, con la stessa eccezione, può essere tollerata, allo scopo di evitare una situazione di più grave incostituzionalità, la transitoria vigenza di norme risultate incompatibili con la Costituzione nel sindacato di legittimità costituzionale[219]. Con la precisazione, tuttavia, che la sospensione di tali giudizi sembra giustificata soltanto fino alla eventuale approvazione ed entrata in vigore dell'auspicata legge, non fino alla futura definizione del giudizio costituzionale nel quale la Corte si riserva di valutarne la sopravvenienza[220], quasi che la futura legge dovesse essere sottoposta a un sindacato preventivo prima di poter essere applicata.

Di fronte alla notevole espansione del ruolo della Corte costituzionale resta da fare un'ultima considerazione. È vero che sarebbe auspicabile una nuova disciplina legislativa del processo costituzionale per dotare la Corte costituzionale degli strumenti necessari al suo funzionamento[221]. È vero, altresì, che l'idea di riformare il processo costituzionale a colpi di dichiarazione di illegittimità costituzionale è per ovvie ragioni deprecabile[222]. Tuttavia, di fronte al disinteresse del legislatore rispetto

[219] Dato che le norme penali sono applicabili, come in precedenza evidenziato, soltanto dal giudice penale, la Corte costituzionale nell'ordinanza 207/2018 ha sostanzialmente disposto un blocco dell'applicazione, secondo il modello tedesco.

[220] Come sopra illustrato, in tal senso dispone, invece, l'ordinanza 207/2018, cit.

[221] M. CECCHETTI, *Per una rinnovata riflessione sul potere normativo della Corte costituzionale per la disciplina dei propri giudizi*, cit., p. 227 ss.; R. ROMBOLI, *La Corte costituzionale di fronte alle sfide del futuro. Un convegno per ricordare Alessandro Pizzorusso*, in *Consulta Online*, 2018.

[222] G. ZAGREBELSKY, *Il controllo da parte della Corte costituzionale degli effetti temporali delle pronunce di incostituzionalità: possibilità e limiti,* in AA. VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere,* Atti del seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989.

alla continua revisione e integrazione delle regole processuali, caso per caso, in via giurisprudenziale, sarebbe preferibile, per ragioni di certezza del diritto e per tenere conto dell'apporto del contraddittorio (almeno processuale) che, in presenza di disposizioni incostituzionali o di lacune regolative incostituzionali relative alla disciplina necessaria al funzionamento della Corte costituzionale, esse, anziché essere corrette attraverso la disapplicazione delle regole vigenti, fossero quanto meno oggetto di corrispondenti questioni di legittimità costituzionale promosse dalla Corte stessa in via di auto-rimessione. È stata la Corte, del resto a riconoscere di essere soggetta, come i giudici comuni, alla regola secondo la quale, nell'ordinamento costituzionale, il potere-dovere di non applicare le leggi incostituzionali è stato disciplinato imponendo la sospensione dei giudizi la cui definizione dipende dalla soluzione di una questione di legittimità costituzionale fino alla decisione del giudizio costituzionale (artt. 1 l.c. 1/1948 e 23 l. 87/1953) e vietando di disapplicare le leggi anche laddove se ne ravvisi l'incostituzionalità «senza mettere in moto il meccanismo (di portata generale e necessaria nel vigente ordinamento) destinato a condurre, se del caso, con le debite garanzie di contraddittorio, alla eliminazione, con effetti *erga omnes*, delle leggi incostituzionali»[223].

dirittifondamentali.it

p. 201, ricordato da M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, cit., p. 13 ss.

[223] Corte costituzionale, sentenza 9 aprile 1960, n. 22, annotata da C. ESPOSITO, *La Corte costituzionale come giudice a quo*, in *Giur. cost*., 1960, p. 212 ss.